100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos

Luis René Guerrero Galván
Carlos María Pelayo Moller
Coordinadores




Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas

100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES A LOS DERECHOS HUMANOS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 757

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Lic. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones



Luis René GUERRERO GALVÁN
Coordinador general

Daniel García Castillo
Cuidado de la edición

Ana Julieta García Vega
Formación en computadora

Edgar Daniel Martínez Sánchez
Elaboración de portada

100 AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES A LOS DERECHOS HUMANOS

LUIS RENÉ GUERRERO GALVÁN
CARLOS MARÍA PELAYO MOLLER
Coordinadores





UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2016

Esta obra fue entregada y editada en 2015, en el marco de las actividades del Proyecto Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt), 253286, Cien Años de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917-2017). Esta iniciativa, realizada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, con la coordinación de Luis René Guerrero Galván, fue apoyada por ese Consejo con motivo del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. La obra será dada a conocer en 2016, en el 99 aniversario de la Constitución.





Primera edición: 4 de febrero de 2016

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, 04510 México, D. F.

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-02-7656-9

CONTENIDO

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO Y LOS DERECHOS

LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917 Y SUS TRANSFORMACIONES

REFLEXIONES ACTUALES RESPECTO AL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO

PRESENTACIÓN

La Constitución mexicana de 1917 marcó un hito en la historia del constitucionalismo mundial por ser un modelo en donde los derechos sociales fueron contemplados por primera vez. Asimismo, dicho documento es el pilar jurídico en el que se construyó el régimen posrevolucionario y el documento supremo que hasta la fecha rige en el país.

El texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue por demás novedoso en su momento y ha sido, desde su promulgación, renovado y transformado en múltiples ocasiones, en diversos sentidos, y numerosas coyunturas políticas. Estos cambios, en opinión de muchos especialistas, provocaron que en la actualidad encontremos en varias de sus partes un texto poco coordinado, a veces incoherente e incluso contradictorio.

Esta obra tiene por objetivo celebrar la grandeza de la Constitución de 1917, pero también analizar sus falencias y sus múltiples deudas, en particular, en lo concerniente a la protección de los derechos.

A casi 100 años de la promulgación de la Constitución nos enfrentamos a reformas que están transformando la manera en que nuestro sistema de derechos es concebido, esto, a partir de la reforma constitucional de junio de 2011 que pasamos del paradigma tradicional de las "garantías individuales" al de los "derechos humanos". Este cambio fundamental y reciente marca de forma definitiva lo que ha sido la Constitución y lo que se espera de ella en los próximos años, más allá de que algún día pueda y deba ser sustituida por otro texto. Esta reflexión colectiva lleva por objeto dar cuenta de dichas transformaciones.

La obra se encuentra dividida en un estudio introductorio y cuatro secciones. A manera de introducción, se hace un amplio recorrido a la historia de los derechos humanos. Después, se lleva a cabo una serie de reflexiones en torno al constitucionalismo en México. La segunda sección está dedicada a los derechos económicos, sociales y culturales, incluyendo artículos que tratan el derecho a un medio ambiente sano y los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. En la tercera sección "Los derechos en la Constitución de 1917 y sus transformaciones" hay artículos de diversos temas en materia de derechos humanos que en el ámbito constitucional

han sido en ocasiones tratados con éxito y otras de manera desafortunada. Por último, un recorrido de este tipo, no podría prescindir de una sección que estudiara el mecanismo de protección de los derechos por excelencia en México: el juicio de amparo.

Los artículos por una parte nos ofrecen una mirada al pasado, pero también ponen, en su mayoría, énfasis en el presente y en los retos que enfrenta el constitucionalismo mexicano ante un futuro inmediato. Para llevar a cabo este análisis, los autores tomaron en cuenta el texto constitucional, la doctrina, la jurisprudencia nacional y comparada, así como los criterios internacionales relacionados con el tema que trataron.

Es así que la única forma de honrar a nuestra Constitución y su carácter "jurídicamente revolucionario" es también mirar hacia el futuro y ver la incipiente necesidad de poner al día nuestro sistema jurídico conforme a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos y el derecho comparado; esperamos que esta obra pueda ser una pequeña contribución en ese extenso proceso.

Por último, los coordinadores deseamos expresar nuestro agradecimiento a las autoras y autores de los artículos de la presente obra, así como a Mara Yolanda Montero Lazcano, cuya colaboración resultó indispensable para que este proyecto llegara a buen puerto.

Carlos María PELAYO MOLLER y Luis René GUERRERO GALVÁN
Coordinadores
Ciudad Universitaria, noviembre de 2015

HISTORIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Guillermo José Mañón Garibay*

Sumario: I. *Prefacio.* II. *La cultura de los derechos humanos en la Antigüedad clásica griega.* III. *La cultura de los derechos humanos en Roma*. IV. *La cultura de los derechos humanos en la civilización antigua y cristianismo primitivo*. V. *La cultura de los derechos humanos en el cristianismo*. VI. *La cultura de los derechos humanos en la Edad Media y principios de la Edad Moderna*. VII. *La cultura de los derechos humanos en la Edad Moderna.* VIII. *La cultura de los derechos humanos allende Europa*. IX. *La cultura de los derechos humanos en la Revolución francesa*. X. *La cultura de los derechos humanos en el siglo XIX*. XI. *La cultura de los derechos humanos en el siglo XX*. XII. *Reflexión final.*

I. Prefacio

En los tiempos presentes persiste el debate sobre si los derechos humanos poseen un valor universal o no.[1] Los argumentos de los escépticos afirman que los derechos humanos responden al desarrollo exclusivo de la civilización occidental, que no toma en cuenta otros principios de la convivencia humana de otras civilizaciones del mundo. La verdad meridiana de esta afirmación se ha querido paliar diferenciando entre derechos humanos y derechos fundamentales: los primeros —se concede— son ciertamente el resultado histórico de la civilización occidental y los segundos han "existido" siempre y tienen validez universal, aunque no hayan sido reconocidos por todos los hombres y civilizaciones a lo largo de su historia. Los derechos humanos serían la positi-

* Investigador titular "A" de tiempo completo por oposición en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

1 *Cfr.* Meier-Menzel, Heidi, "Ursachen und Folgen der Glaubwürdigkeitskrise in der Menschenrechtsfrage", Georg, Paul *et al.*, *Humanität, Interkulturalität und Menschenrechte*, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2001, pp. 137-162.

vización de los derechos fundamentales, y estos últimos, los derechos de todo hombre por el simple hecho de serlo.

Esta solución, sin embargo, no está libre de inconvenientes, porque si la existencia perenne de los derechos fundamentales "soluciona" el problema de la validez universal, plantea un problema ontológico de difícil solución: ¿dónde o de qué forma preexistían los derechos fundamentales? Y si los derechos "existen" desde el momento en que son conscientemente formulados (ya no se diga respetados), entonces la diferenciación entre derechos fundamentales y/o humanos resulta irrelevante. Además, ¿es una condición necesaria para la validez universal de los derechos humanos su existencia independiente del desarrollo histórico? ¿En qué sentido son universales los derechos humanos: debido a su origen, justificación o aplicación?

Para esbozar una respuesta se analizará un principio necesario para su universalidad, a saber: su aplicabilidad a todos los hombres. Esta aplicabilidad universal depende de que todos los hombres sean considerados como iguales. El origen de los derechos humanos es indudablemente histórico; su aplicabilidad pretende ser universal, y ésta depende de su justificación. Por lo menos a partir del Nuevo Régimen se pretende asociar racionalmente igualdad con justicia (dentro del gobierno civil), y no parece *prima facie* evidente por qué la igualdad deba implicar justicia.[2] En las páginas siguientes se presentará el desarrollo histórico de los derechos humanos dentro de la civilización occidental, tomando como hilo conductor la concepción de la igualdad de todos los hombres, con el fin de precisar su alcance y validez.

II. La cultura de los derechos humanos en la Antigüedad clásica griega

Se ha hablado mucho sobre la originalidad del orden democrático heleno, que consideraba a todos los hombres como iguales. Y ha habido muchos intentos de explicarlo, en un mundo donde nada era más ajeno a la mentalidad de la época que la consideración de todos los hombres como iguales.[3] Por ello, mucho debe Occidente a los griegos en materia de cultura política; además de la concepción de los hombres como iguales, la diferenciación entre los distintos sistemas políticos y su caracterización.

El mayor logro político de los griegos fue la filosofía política; exactamente su preocupación por la aplicación de la ética a la vida del Estado.

---

[2] Krebs, Angelika (ed.), *Gleichheit oder Gerechtigkeit. Texte der neuen Egalitarismuskritik*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 2000, pp. 7 y ss.

[3] Funke, Peter, *Athen in klassischer Zei*, München, C. H. Beck Verlag, 1997, p. 8.

Lo que caracterizó a los griegos políticamente hablando fue la fundación de ciudades-estado y no la de una nación helena.[4] La ciudad-estado estaba constituida desde el siglo VIII a. C.; la Biblia y otros escritos de Mesopotamia atestiguan su existencia antes de los griegos. No obstante, hay una característica netamente griega, a saber: el derecho de los πολίτης (*i. e.* de los ciudadanos) a discutir asuntos de Estado una vez conformada una ἐκκλησία (asamblea o comunidad). Esta ciudad-estado podía estar constituida por pequeñas comunidades, pero dominadas todas por una gran ciudad. En muchas ciudades-estado, la monarquía era la regla de gobierno, pero a partir de la gran expansión, en el siglo VIII a. C., las actividades mercantiles produjeron profundos cambios en la sociedad y en la política, haciendo aumentar el poder de la aristocracia y el derrocamiento de los reyes.

En la costa de Asia Menor (en las islas jónicas), en la Grecia continental de la península helena y en Sicilia, no fue raro el cambio de poder mediante el uso de la violencia. El resultado muchas veces fue la aparición de dictaduras y tiranos, en parte porque los intereses de los comerciantes más ricos se impusieron a los del resto.[5]

En Jonia, a partir del siglo VIII, se fundaron las primeras ciudades-estado más ricas y poderosas. De entre ellas, la ciudad-estado más esplendorosa fue Mileto, aunque no puede soslayarse a Samos o Halicarnaso. Por la *Odisea* de Homero[6] se conserva una descripción de la monarquía que regía en el mundo heleno más próspero. Allí se dice, por ejemplo, que el rey Ulises de Ítaca y el rey Alcínoo llegaron al poder por sucesión hereditaria, y se puede entrever que "rey" significaba veneración a los jefes de las distintas γένοι (*i. e.* raza, familia, linaje), por lo regular los más ancianos, debido a sus funciones de juez (que dirimían las diferencias entre sus vasallos), de sacerdote o jefe supremo del culto religioso y de jefe militar que acaudilla los ejércitos en tiempos de guerra. Estos reyes, incluido Agamenón de la *Ilíada*, están muy lejos de ser monarcas absolutos como los del siglo XVI d. C., porque, por ejemplo, las decisiones no se tomaban si no era con la avenencia de los ancianos o jefes familiares. Tampoco constituían un régimen democrático, porque debían consultar a la asamblea de ciudadanos, integrada por un pequeño grupo de privilegiados.

A partir del siglo VIII a. C. se operan en el mundo heleno una serie de cambios tanto en la sociedad como en la política, resultado de las transformaciones económicas y mercantiles de las ciudades-estado. En los primeros

4 *Ibidem*, p. 14.

5 *Idem*.

6 Patzek, Barbara, *Homer und seiner Zeit*, München, C. H. Beck Verlag, 2003, pp. 68 y ss.

tiempos, en tiempos de Homero, los únicos comerciantes mencionados son los fenicios, y la economía helena se constreñía a la "supervivencia", quedando el mercadeo a gran escala fuera de sus expectativas.[7] Esto se modifica a partir del siglo VIII a. C., cuando el desarrollo artesanal y la producción de vasijas permitieron su exportación y venta. Esta especialización artesanal tuvo lugar gracias a una división del trabajo y a la creación de una casta de artesanos especializados, productores de bienes de mayor calidad. Esto no niega que el cambio hacia el comercio también lo constituyera la comercialización de productos agrícolas.[8]

Debido a todos los cambios introducidos por las reformas económicas y sociales, los gobernantes se vieron en la necesidad de legislar y de crear nuevas instituciones. El siglo VII a. C. fue el siglo de legisladores como Carondas y Zaleuco.[9] Lo que sabemos sobre ellos se lo debemos a Aristóteles. Él nos informa que la preocupación política era la de conservar el orden y la estabilidad, lo que en griego se conocía con el nombre de *eunomia* (*i. e.* buen orden). Políticamente hablando, estos cambios tuvieron como consecuencia el sustituir las monarquías por regímenes aristocráticos, donde los jefes de familia (ὀ γένοι) gobernaban bajo la forma de un consejo. Allí donde se mantuvo la monarquía, la función de autoridad religiosa y caudillo de las fuerzas armadas siguió reservada al rey; sin embargo, la mayoría de las veces, el rey estaba sometido a elección periódica y limitada.[10]

Si bien el desarrollo económico de finales del siglo VII a. C. fue responsable de que las clases de comerciantes y artesanos quisieran detentar el poder, en esas décadas, el poder político revistió la apariencia de la tiranía. Lo que caracterizó a la tiranía fue la toma ilegítima del poder y su ejercicio exclusivo por una sola persona. Mileto, Samos, Corinto, Megara, Sición y Atenas presentaron esta forma de gobierno. En los siglos VI y V a. C. todas las ciudades-estado griegas habían pasado por este tipo de gobierno, alcanzando un enorme auge con respecto a sus vecinos.

Si se centra el análisis de las ciudades-estado en Esparta[11] y Atenas, se comprenderá la cultura militar espartana que contribuyó a su predominio en el Peloponeso y al sur de la península helénica. Si bien Esparta fue más agrícola que comercial, la cultura militar era la más importante entre sus

---

7 *Idem*.

8 *Idem*.

9 Lotze, Detlef, *Griechische Geschichte: Von den Anfängen bis zum Hellenismus*, München, C. H. Beck Verlag, 1999, p. 50.

10 Funke, Peter, *op. cit.*, nota 3, p. 69.

11 Baltrusch, Ernst, *Sparta. Geschichte, Gesellschaft, Kultur*, München, C. H. Beck Verlag, 1999, p. 20.

ciudadanos, que incluía tanto a mujeres como a hombres. Esta cultura militar tuvo el alto precio de no favorecer el desarrollo de las artes y las ciencias. La razón de tal obcecación militar se explica no tanto por el predominio y defensa de los intereses de una clase social como por la amenaza persa.

Por otro lado, Atenas alcanzó su apogeo político en el siglo V a. C. Éste fue el tiempo también de las guerras contra Persia[12] y de la toma de responsabilidades políticas del pueblo atenienses mediante el debilitamiento del consejo de ancianos aristocráticos, el cual culminó con la democracia ateniense.

La pregunta recurrente sobre cómo logró el pueblo ateniense ganar para sí derechos políticos, la responden algunos refiriendo a las amenazas de guerra del imperio persa y la importancia que ganaron los ciudadanos ordinarios y vulgares en la defensa de la ciudad-estado.[13] La insistencia de por qué esto sólo ocurrió allí, en Atenas, no se ha respondido satisfactoriamente hasta nuestros días, si bien se puede agregar que la piedra angular para el surgimiento de este orden político la colocó Dracón (s. VII a. C.) con la codificación de las leyes, gracias a las cuales se imponía la autoridad del Estado en materia pública sobre los distintos clanes familiares, con el fin de reducir su poder y privilegios. Con ello, Dracón propició las reformas económicas y sociales de Solón (s. VI a. C.), así como las de Clístenes de Atenas (s. VI a.C.), mismas que permitirían el surgimiento de la democracia ateniense en tiempos de Pericles (s. V a. C.).

Entonces, otros motivos para la creación de la democracia fueron los conflictos entre los notables mismos y entre ellos y los gobernantes. Como en las principales ciudades-estado regía el derecho consuetudinario, los conflictos se resolvían por medio de los jefes de clanes, con apoyo en su propio linaje y prosapia, sin la posibilidad de evitar que cada cual interviniera a su favor. Por ello, se buscó desarrollar una estrategia legal que resolviera los conflictos sin que una parte tuviera ventaja sobre la otra, y se vio en la necesidad, primero, de codificar las normas sociales y, segundo, de arrebatarles el poder a los notables para aplicarlas a favor de la mayoría. El nuevo poder encargado de ello estaría por encima de los privilegios particulares y trataría a todos como iguales.[14] Un grupo de 500 ciudadanos gobernaba la ciudad y en los tribunales estaban presentes representantes del pueblo. Estas asambleas y tribunales llegaron a constituir con el tiempo una especie de poder legislativo.

---

[12] Burckhardt, Leonhard, *Militärgeschichte der Antike*, München, C. H. Beck Verlag, 2000, p. 22.

[13] *Idem*.

[14] Funke, Peter, *op. cit.*, nota 3, p. 50.

La elección de los funcionarios se realizaba echando suertes, no por elección, si bien los puestos militares sí eran conferidos por medio de elección,[15] debido al necesario conocimiento de estrategias de combate. La democracia también sirvió para que muchos se interesaran en su educación política, en reflexionar sobre el Estado, la moral y la oratoria. Fue entonces cuando aparecieron los sofistas, queriendo satisfacer este deseo de saber político, moral y oratorio. Aunque pronto degeneraron sus enseñanzas en juego de palabras,[16] los sofistas ayudaron enormemente al desarrollo intelectual de los griegos. Éstos no sólo se interesaron por política, sino que además pusieron los fundamentos para el estudio de la retórica y la lógica, aclarando el uso del lenguaje y precisando el sentido de las palabras.[17]

La democracia se circunscribió a un pequeño número de personas. La primera condición para ocupar algún cargo público era ser propietario; la segunda, la libertad (haber nacido libre y nunca haber sido esclavo). La democracia no era para cualquiera, sólo los nacidos libres y los acaudalados podían aspirar a gobernar. De esta forma, puede considerarse a la libertad y la propiedad como determinantes de la ciudadanía griega. Con el advenimiento de la democracia se consignó la primera propuesta sobre la igualdad de todos los hombres, misma que constituía la dignidad ciudadana. La igualdad se entendió como la capacidad de sus habitantes a participar en el gobierno y contar con el respeto de sus derechos políticos. Sin embargo, dentro de las primeras ciudades-estado, la igualdad pertenecía solamente a los habitantes varones (libres y propietarios) de la *polis*, lo que es insuficiente para hablar de derechos humanos y solamente permite hablar de derechos civiles, aunque no se niega que sus principios favorecieron el desarrollo posterior de los derechos universales. Estos principios eran tres, a saber: isonomía (igualdad ante la ley), isogoría (igualdad para hacer uso de la libertad de expresión), isotimia (igualdad para hacer uso de la autoridad).[18]

La democracia ateniense asignaba a cada hombre su lugar dentro de la sociedad, creando la imagen de una unidad y armonía pese a sus diferencias de sus miembros, y fundamentando este orden en la naturaleza misma de los hombres. Ésta fue una estrategia rudimentaria y primitiva para proveer

15 Pericles fue elegido *strategos* en 461 a. C., y, por su repetida reelección, llegó a convertirse en el dictador de Atenas durante 30 años. Pericles guio los destinos de Atenas en el periodo posterior a las guerras persas y fue también preceptor de las artes.

16 *Cfr*. Platón, *Georgias*, *v. gr*. 452e, 463b, 465a, 480c.

17 Kranz, Walter, *Die griechische Philosophie*, Köln, Prokland Verlag, 1997, p. 95.

18 Touchard, Jean, *Historia de las ideas políticas. Grecia y el mundo helenístico,* Madrid, Tecnos, 2000, pp. 24-39.

de basamento firme a las normas sociales y escapar a las arbitrariedades de las costumbres o veleidades de la fuerza y sed de venganza.

Desde el siglo V a. C., los sofistas enseñaban que el derecho natural era superior al derecho positivo vigente. Aristóteles[19] refiere que el sofista eleático Alcidamas pensaba que la ley regía sobre todos los hombres por igual, sin sentenciar a unos a dominar sobre otros. En contraposición, el mismo Aristóteles consideraba que había hombres libres y esclavos, reconocibles por su naturaleza respectiva.

> Ésta es también la ley general, que debe necesariamente regir entre los hombres. Cuando es uno inferior a sus semejantes, tanto como lo son el cuerpo respecto del alma y el bruto respecto del hombre, y tal es la condición de todos aquellos en quienes el empleo de las fuerzas corporales es el mejor y único partido que puede sacarse de su ser, se es esclavo por naturaleza. Estos hombres, así como los demás seres de que acabamos de hablar, no pueden hacer cosa mejor que someterse a la autoridad de un señor; porque es esclavo por naturaleza el que puede entregarse a otro; y lo que precisamente le obliga a hacerse de otro, es el no poder llegar a comprender la razón, sino cuando otro se la muestra, pero sin poseerla en sí mismo. Los demás animales no pueden ni aun comprender la razón, y obedecen ciegamente a sus impresiones. Por lo demás, la utilidad de los animales domesticados y la de los esclavos son poco más o menos del mismo género. Unos y otros nos ayudan con el auxilio de sus fuerzas corporales a satisfacer las necesidades de nuestra existencia. La naturaleza misma lo quiere así, puesto que hace los cuerpos de los hombres libres diferentes de los de los esclavos, dando a éstos el vigor necesario para las obras penosas de la sociedad, y haciendo, por lo contrario, a los primeros incapaces de doblar su erguido cuerpo para dedicarse a trabajos duros, y destinándolos solamente a las funciones de la vida civil, repartida para ellos entre las ocupaciones de la guerra y las de la paz.[20]

Para él, el derecho natural era una pieza esencial de la unidad política,[21] independiente de las leyes griegas escritas, y debía entenderse como el orden legal de la *polis* en estado general o puro.[22] Por ello, había que diferen-

---

[19] Aristóteles resume su doctrina en este testimonio: “la ley, dicen, es la única que establece diferencia entre el esclavo y el hombre libre; pero la naturaleza hace a todos iguales. Luego, la esclavitud es una injusticia, dado que es el resultado de la violencia”. Aristóteles, *Política*, 1406a 18.

[20] *Ibidem*, Libro I, cap. II, 1254b. *Cfr*. Lib. II, 1280a, 1282b, 1283a.

[21] Aristóteles, *Ética Nicomaquea*, libro V, cap. VII, 1134b.

[22] Aristóteles, *Retórica*, Libro I, cap. XIII, 1373b. En este pasaje, Aristóteles alude a la discusión entre ley particular y ley común formulada en la *Antígona* de Sófocles. La primera es la ley relativa a cada pueblo y la segunda es reconocida como universal.

ciar dos tipos de igualdad: la igualdad formal, según la naturaleza humana universal, y la igualdad real, referente a las diferentes capacidades efectivas de los seres humanos. Esta diferencia fue superada por los estoicos[23] mediante las ideas de su fundador, Zenón de Citio, defensor del pensamiento de una racionalidad única. Los estoicos aceptaban la participación de todos los hombres en esta racionalidad universal, el *logos*, y derivaban de allí la igualdad de todos los hombres. El estoicismo sería la filosofía predominante en la cultura romana.

El esplendor de la cultura griega tuvo lugar después de las guerras médicas, a pesar de que la unidad entre los griegos, producto de estas batallas contra los persas, no haya sido durable. Durante 30 años, Atenas dominó la mitad norte de la península en lo que se conoce como *confederación de Delos*. Después, Esparta desafió la hegemonía ateniense y guerreó contra Atenas en lo que se conoce como guerra del Peloponeso (431-404 a. C.). Nunca hubo unidad política, y cuando Macedonia encabezó las guerras de conquista (con Alejandro Magno[24] a la cabeza) comenzó la decadencia de las ciudades-estado, logrando la expansión griega a lo largo y ancho del mediterráneo hasta fundirse con otras culturas y desaparecer.

III. La cultura de los derechos humanos en Roma

La civilización romana se desarrolló en la región central del mediterráneo y englobó toda la parte sur de Europa y el norte de África. Geográficamente el mediterráneo constituye una unidad de clima, alimentos, vías de comunicación y características raciales de sus pueblos.[25] En tres puntos geográficos se tocan África y Europa: Estrecho de Gibraltar, Sicilia y Chipre, favoreciendo el intercambio de todo tipo y propiciando la primera unidad cultural en la antigüedad.[26]

La influencia de la cultura griega es evidente en la romana. La fusión de ambas adoptó el nombre de cultura grecorromana, fundamento de la civilización occidental. Se ha dicho que los romanos fueron más diestros que los griegos, porque llevaron de forma más eficaz su cultura a otros pueblos; sin

23 *Cfr*. Forschner, Maximilian, *Über das Glück des Menschen. Aristóteles, Epikur, Stoa, Thomas von Aquin, Kant,* Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1994.

24 Gehrke, Hans-Joachim, *Alexander der Grosse*, München, C. H. Beck Verlag, 1996, p. 30 y ss.

25 Bringmann, Klaus, *Römische Geschichte. Von den Anfängen bis zur Spätantike*, München, C. H. Beck Verlag, 1995, pp. 7-21.

26 Grimal, Pierre, *El imperio romano*, Barcelona, Crítica, 2000, pp. 7 y ss.

embargo, culturalmente hablando, la única razón para esta afirmación es el reconocimiento del derecho como aporte de la cultura romana.

La península italiana fue la cuna del desarrollo de la cultura romana; tres pueblos contribuyeron al desarrollo de esta cultura: itálicos (2000 años a. C.), etruscos (1000 años a. C.) y griegos (sur de Italia y Sicilia).[27] Los dos últimos estaban más desarrollados que el primero y, sin embargo, fueron los itálicos los que dominaron a los dos últimos. Otro pueblo que floreció junto con los romanos fue el cartaginés, descendientes de los fenicios y señores por algún tiempo de la parte norte de África, Sicilia, Cerdeña y Córcega.

En la llanura del Lacio, al sureste del Tíber y sobre la colina del Palatino que dominaba los valles, se estableció este pueblo itálico, conocido también como latino. Cuando los etruscos invadieron a los latinos, los replegaron en una región que llegó a ser conocida como Roma. Los romanos (o latinos) aprendieron mucho de sus conquistadores etruscos, así como de los griegos, con los que tuvieron contacto comercial. De ellos tomaron la moneda, medidas de longitud y peso, estilo artesanal y formas arquitectónicas. Y aunque conservaron su propia lengua, tomaron de los griegos su alfabeto.[28] Otra cosa que sirvió a la asimilación de la cultura helena fue el hecho de reconocer las divinidades griegas como expresión de las suyas propias.

1. *República, Monarquía, Imperio*

Después del derrocamiento de la Monarquía (500 años a. C.), los romanos maduraron ideas y prácticas políticas. Esto significa que el *consejo de los ancianos* (senado) había cobrado enorme influencia desde su origen en la figura del *pater familias*, quien ejercía su autoridad (*patria potestas*) sobre toda una estirpe (parientes, criados y todos los miembros en línea directa). Por eso, la caída de la Monarquía significó para los romanos considerar a la política como *res-pública*, un asunto de todos. Con esto, la soberanía (*i. e. imperio*)[29] pasó al pueblo, él cual a su vez la confiaba a sus gobernantes.

El derrocamiento de los monarcas, y la subsecuente nueva forma de gobierno, delegó el poder en magistrados electos: dos cónsules, que ejercían el poder ejecutivo durante un año. En los primeros años de la República, sólo los ricos patricios detentaban los puestos públicos de cónsules, además que dominaban la asamblea que elegía a los magistrados. Las guerras hicieron

27 *Ibidem*, pp. 21-32.

28 *Idem*.

29 *Cfr*. Grimal, Pierre, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

que esta situación se revirtiera y el pueblo, al hacerse indispensable, conquistara en parte el derecho a participar en la vida política. La plebe formó su propia asamblea, donde elegían a sus propios tribunos que podían vetar las decisiones de los magistrados.[30] Cuando creció el volumen de los asuntos de la República, se añadieron otras magistraturas y con ellas los puestos de cuestores (encargados de asuntos financieros), censores (realizaban el censo y imponían tributos), pretores (jueces que ayudaban a los cónsules en asuntos judiciales) y dictador (porque se consideró que en tiempos de contrariedad el poder debía serle conferido a una sola persona).

Alrededor del 450 a. C. se redactaron las leyes y se grabaron sobre las famosas *Doce Tablas* de bronce.[31] Con el tiempo, el pueblo tuvo el derecho a ocupar los cargos de censor, pretor y aún el de cónsul. También el senado, constituido por patricios, incluyó a ex magistrados, con lo cual se formó una clase o casta de nobles junto a la de los patricios terratenientes. No obstante la participación de la plebe en el gobierno, la República romana permaneció hasta el final como un Estado propiamente aristocrático, porque el senado estuvo principalmente formado por nobles.

2. *Desarrollo y descomposición de la República*

En un principio, la República romana no fue más que una pequeña ciudad-estado; pero las tribus latinas se dieron cuenta que, para su defensa, era necesaria una jefatura que incluyera a sus vecinos.[32] Con esto se rompió la hegemonía etrusca y se inició la conquista de las provincias griegas del sur de Italia. La consecuencia fue que alrededor del año 275 a. C., Roma se había adueñado de la península italiana al sur del valle del Po, lo que los expuso aún más a la influencia de la cultura helena.[33]

Cuando Roma extendió su territorio, concedió la ciudadanía a todos los miembros de los pueblos latinos (con todos sus privilegios, menos el del voto). La expansión territorial fue principalmente de naturaleza agrícola, y no fue sino hasta su contacto con los griegos del sur de la península itálica que aumentaron sus capacidades comerciales.

Con el comercio, aumentaron las obligaciones romanas de defender a sus comerciantes y comunidades aliadas frente a las amenazas cartaginen-

[30] Manthe, Ulrich, *Geschichte des römischen Rechts*, München, C. H. Beck Verlag, 2003, pp. 57-76.

[31] *Ibidem*, pp. 36-54.

[32] Bringmann, Klaus, *op. cit.*, pp. 108-113.

[33] *Idem*.

ses, dueños y señores del comercio en el Mediterráneo. Como Cartago[34] monopolizaba el comercio marítimo, el desarrollo latino estaba supeditado a la destrucción de esta ciudad. Se necesitaron tres guerras (de 264 a 146 a. C.), conocidas como púnicas,[35] para derrotarla. Éste fue el único impedimento que en ese tiempo tuvo que enfrentar Roma para convertirse en un imperio. Con esto aprendió Roma la necesidad de oponerse a cualquier otra ciudad-estado que rivalizase con ella, para conservar su predominio en el mediterráneo, por lo que también quemaron Corinto, al Este del Mediterráneo, por haber encabezado una rebelión en su contra.

3. *Guerras civiles*

Estas conquistas transformaron la vida romana al exponerlos a nuevas dificultades como la administración de los terrenos avenidos y ocupados con provincias romanas. El senado tenía que gobernar no sólo para los latinos, sino dar instrucciones a los gobernadores (procónsules) de otras provincias, además de aumentar y distribuir el número de efectivos en el ejército para garantizar su potestad. Consecuencia de esto fue el aumento desmedido de la riqueza y de su mala distribución, lo que tuvo por resultado el empobrecimiento de la plebe y la profunda diferencia social entre ricos y pobres. Con la riqueza llegó la corrupción y comenzaron a venderse los puestos públicos o a sobornar a aquellos que los elegían. A la hambrienta plebe se le mantenía contenta con "pan y circo", con poca comida y espectáculos de gladiadores.

La espina dorsal del Imperio Romano, y del ejército, era el sector agrícola, y precisamente ahí las cosas iban mal. Una de las razones del desabasto agrícola fueron las guerras púnicas que habían arruinado los campos (lentamente reparados). Y aunque se importó un mejor cereal de Egipto y Sicilia, el beneficio sólo recayó sobre las enormes haciendas de ricos terratenientes (trabajadas por esclavos) sin beneficiar a los pequeños agricultores. Otros problemas surgieron con la expansión de las fronteras y la necesidad de resguardarlas con el ejército. El aumento de éste significó altos costos y una organización tan elaborada que una ciudad-estado no estaba en condiciones de solventar. El resultado de los cambios sociales, producto de la expansión colonial romana, fueron las guerras civiles que evidenciaron la necesidad de una organización imperial. Por eso, puede decirse con verdad

[34] Huss, Werner, *Karthago*, München, C. H. Beck Verlag, 1997, pp. 50-75.

[35] Barceló, Pedro, *Hannibal*, München, C. H. Beck Verlag, 1998, pp. 84 y ss.

que el resultado de la expansión fue el fin de la República y el nacimiento del Imperio Romano.[36]

4. *República e Imperio*

El origen de la guerra civil se debió a las inconformidades de los agricultores y a que sus protestas fueron desoídas por el senado que defendía los intereses patricios. En el año 104 a. C. un joven granjero de nombre Cayo Mario fue elegido cónsul. Éste se había destacado como general, aunque como estadista fue un fracaso. Su reelección por sexta vez trajo consigo disturbios (100 a. C.). Su sucesor, Lucio Cornelio Sila, introdujo por la fuerza cambios legales que destruyeron la asamblea popular. Por vez primera se utilizaba la fuerza militar para lograr una acción política, y ésta fue directamente la causa de la guerra civil, en donde cada bando que obtenían una ventaja sobre sus contendientes, emprendía una venganza sangrienta. Con la muerte de Cayo Mario (86 a. C.) y el retiro de Sila (79 a. C.) terminó el primer periodo de la revolución o guerra civil.[37]

La guerra civil no sólo puso en peligro la República, sino además la seguridad exterior. Mitrídates, rey heleno, desafió el protectorado romano mientras los armenios ocupaban Siria y Judea y los piratas cilicios, en la península de Anatolia, aterrorizaban los mares a orillas de Italia. Esto propició que los militares tomaran el poder político y que emprendieran su carrera política Pompeyo y Julio César.[38] Pompeyo atacó a los helenos y aseguró las fronteras de Asia Menor hasta el río Eúfrates. El problema fue que actuó por propia iniciativa y el Senado no aprobó sus decisiones. Entonces, recurrió al cónsul Julio César (59 a. C.), quien apoyó a Pompeyo recibiendo en pago el mando militar de la Galia. La Galia transalpina estaba amenazada por los suevos germanos y los helvéticos suizos. Julio César los venció a todos llevando las fronteras del Imperio hasta el Canal de la Mancha.

5. *Segunda y tercera guerra civil*

La envidia llevó a que sus oponentes convencieran a Pompeyo de atacar a César, pero éste lo derrotó, y luego se erigió dictador e inició un sinnúmero de reformas. En 44 a. C., Julio César fue asesinado y su obra

---

36 Bringmann, Klaus, *op. cit.*, pp. 39-54.

37 *Idem*.

38 Jehne, Martin, *Caesar*, München, C. H. Beck Verlag, 1997, pp. 49-72.

como estadista perduró para siempre. La muerte de César produjo una tercera guerra civil que finalizó hasta 31 a. C.

Marco Antonio asumió el poder para hacerse de la fortuna de Julio César y asegurarse la elección a cónsul. Con su poder militar, conquistó la mitad del Imperio y estableció relaciones con la reina Cleopatra de Egipto. No obstante sus éxitos militares, Marco Antonio era un usurpador, ya que el mandato de Julio César había recaído en Octavio (Augusto)[39] y no en él. Octavio en un principio no fue tenido en cuenta debido a su corta edad, pero más tarde afianzó su posición consiguiendo que algunas de las legiones de Marco Antonio pasaran a sus filas, y con ello influyó en el Senado para que Roma hiciera la guerra a Egipto.

Octavio ganó, pero su triunfo llevó a Roma a la tercera guerra civil, la cual le dio la oportunidad de reorganizar el gobierno y salvar al Imperio. Octavio recibió del pueblo el título de Augusto y durante su mandato (31 a. C. a 14 d. C.) reorganizó el poder y estableció un sistema de gobierno que duraría tres siglos (*pax romana*).[40] El Imperio romano se computa desde su mandato.

6. *Fin de la República*

Augusto se dio cuenta de que después de la guerra civil la gente quería la paz. También advirtió que el pueblo romano deseaba el respeto a la antigua Constitución, y que ésta era insuficiente para gobernar todo el Mediterráneo. Por eso, desarrolló una forma de gobierno que combinaba la monarquía con la república: "principado", porque el mismo Augusto prefirió este título que el senado le confirió: el de príncipe o *primer ciudadano*.[41]

Al conservar al senado y a los magistrados Augusto mantuvo las formas de gobierno republicanas y aunque dejó los poderes del senado limitados fuera de Roma, con estos actos logró contentarlo; así el emperador consiguió tener el dominio de las fuerzas militares y controlar *de facto* el senado por medio de la autoridad *tribunicia*, facultada para vetar las decisiones del senado. Augusto era también *pontífice máximo*, es decir, cabeza de la religión del Estado, y, por si fuera poco, la autoridad proconsular lo hizo soberano de las provincias. Esto quiere decir que Augusto nombraba a los procónsules, por lo cual cada uno de éstos era responsable ante él y ante nadie más.

---

[39] Eck, Werner, *Augustus und seiner Zeit*, München, C. H. Beck Verlag, 1998, pp. 12-18.

[40] *Ibidem*, pp. 99 y ss.

[41] *Ibidem*, p. 88.

Augusto compartió el poder con el senado, dejando en su mano las provincias interiores y reservando bajo la suya a las provincias fronterizas en donde el poder militar era de consideración. Con este armazón, comenzó un programa de reformas, a saber: *1.* Italia se pacificó. *2.* Roma se reconstruyó bajo una nueva administración eficiente. *3.* Se impidió cualquier otra guerra de conquista después de la derrota en el Rin. *4.* Se vigorizó la religión romana introduciendo un nuevo aspecto: el emperador como dios, porque Augusto se percató que la devoción al Estado se había debilitado y era necesaria la lealtad de todos los romanos y de las provincias. Con esto, la veneración del pueblo a sus dioses alcanzaría a sus gobernantes.[42]

Los poderes otorgados a Augusto en el momento en el que asumió el poder llegaron a ser permanentes. De tal manera que la palabra "imperio", que significa "soberanía", llegó a significar gobierno monárquico sobre un extenso territorio. "Emperador" adquirió su nueva connotación como "único gobernante".[43] Sin embargo, Augusto cometió un error que no podía ser del todo allanado por la combinación de gobierno republicano con monárquico: el problema de la sucesión.

El primer siglo de nuestra era (con algunas excepciones) pasó a la historia como el siglo de los buenos emperadores. Entre ellos puede mencionarse a Trajano (98-117) que incorporó Dacia al Imperio (la actual Rumania y norte del Danubio) y hacia oriente incluyó a Armenia, Mesopotamia y Asiria. Trajano fue el primer emperador romano nacido en una provincia romana (ahora España). También Adriano (117-138), construyó la muralla en lo que ahora conocemos como Gran Bretaña e hizo ordenar el derecho romano. No puede dejar de mencionarse a Antonio Pío y Marco Aurelio (el emperador filósofo). La unidad del Imperio (y del Mediterráneo) se debió fundamentalmente a dos cosas: fuerza militar disciplinada y buenas vías de comunicación.

Augusto había intentado restaurar el carácter ciudadano del ejército pero, con el paso de los años, se diluyó por el aumento del número de extranjeros y mercenarios. Toda la frontera del Imperio estaba vigilada por algún campamento militar. Hubo solidas e importantes fortificaciones como la muralla de Bretaña. Al norte, el Danubio y el Rin eran fronteras naturales. El ejército no sólo hacía la guerra, sino además ayudaba en el correo, comercio y transporte civil; en Hispania, Galia y Britania también ayudó a la explotación de las fuentes minerales. El ejército estaba compuesto por legiones que comprendían 4,500 hombres, divididos de distintas formas, la

---

42 *Ibidem*, pp. 40-49.

43 Grimal, Pierre, *op. cit.*, pp. 43 y 203.

más pequeña de ellas era la *centuria* comandada por un centurión. El pago por el servicio en el ejército eran parcelas de tierra donde los veteranos podían establecerse y mantenerse.[44]

Por el lado político, los romanos dividieron todo su territorio en provincias, en donde había por lo menos una ciudad romana con teatros, termas, foros públicos, mercados, etcétera; *i. e.*, las ciudades fueron centros de la civilización romana. A menudo se ha dicho que el Imperio romano era una especie de federación de provincias, parcialmente gobernadas por ellas mismas.

7. *Estoicismo romano y derechos humanos*

En el plano del intelecto no fue Roma tan grande como Grecia. No obstante, en el campo de la literatura tuvo grandes personalidades. Sin lugar a dudas, uno de los desarrollos más considerables de la inteligencia romana fue el derecho. Comenzó con Trajano y continuó ininterrumpidamente hasta que los pretores tomaban decisiones jurisprudenciales. La aplicación del derecho romano fue en principio limitada para los ciudadanos, pero con el emperador Antonio Basiano Caracalla (188-217 d. C.) se extendió a todo el Imperio, pese a que la labor de codificar todas las leyes no se concluyó sino hasta el siglo VI, con Justiniano.

Previo al nacimiento del Imperio romano, Cicerón refinó el punto de vista de los estoicos griegos (por eso su escuela es conocida como estoicismo ecléctico). Él afirmó que la ley natural existió antes de toda otra ley promulgada, incluso antes de que existiera cualquier comunidad.

> Ciertamente existe una ley verdadera de acuerdo con la naturaleza, conocida por todos, constante y sempiterna… a esta ley no es lícito agregarle ni derogarle nada, ni tampoco eliminarla. No podemos disolverla por medio del senado o del pueblo. Tampoco hay que buscar otro comentador o interprete de ella. No existe una ley en Roma y otra en Atenas, una ahora y otra en el porvenir, sino una misma ley eterna e inmutable, sujeta a toda la humanidad en todo tiempo.[45]

Esa ley natural había sido dada de manera inexorable y no debía ser depuesta por nadie. Gracias a la influencia de Cicerón, el concepto de ley

[44] Bringmann, Klaus, *op. cit.*, pp. 103 y ss.

[45] Cicerón, Marco Tulio, *De la República*, Lib. III, cap. XVII.

natural abandonó el ámbito de la filosofía y se trasladó al de los juristas y legisladores.

Más tarde, entrado el Imperio romano, el preceptor de Nerón, Lucio Anneo Séneca, desarrolló el pensamiento de Cicerón y afirmó que la ley natural fraternizó a todos los hombres. Él utilizó la imagen de un organismo vivo para explicar cómo todos los hombres conformaban una unidad pese a sus diferencias, análogamente a como lo hacen los diferentes miembros en un solo cuerpo (identidad en la diferencia).

> Somos miembros de un gran cuerpo. La naturaleza nos creó parientes sacándonos del mismo origen y destinándonos al mismo fin. Ella nos infundió el amor mutuo y nos hizo sociables. Ella estableció lo justo y lo injusto; por decreto suyo es más de compadecer el que daña que el que es dañado; por mandamiento suyo todas las manos han de alargarse al que necesita ayuda. Esté siempre en nuestro corazón y en nuestra boca aquel verso: hombre soy y nada humano es ajeno a mí. Tengamos las cosas en común: nacidos somos como todos. La sociedad humana es semejante a una bóveda que caería si las piedras no se sostuvieran unas a otras; este contraste recíproco las sostiene.[46]

Los estoicos romanos[47] reconocían las diferencias humanas desde el punto de vista físico y las negaban desde el punto de vista normativo moral. Esta escuela fue la formadora espiritual de la visión romana del Estado en el primero y segundo siglo de nuestra era, sin que por lo expuesto anteriormente pueda hablarse en razón de la misma de derechos humanos, ya que la igualdad (principio fundamental) era considerada una cuestión de ética personal, sin mayor resonancia en el orden económico y político general. Así se explica cómo muchos estoicos, como el mismo Cicerón, poseyeran esclavos sin impedimentos legales o escrúpulos morales.

IV. La cultura de los derechos humanos en la civilización antigua y cristianismo primitivo

Roma sufrió en el siglo III d. C. una nueva guerra civil.[48] La situación no fue muy distinta a la que dejó la primera guerra civil del siglo I a. C., porque al final de la misma, la gente anheló la paz, no importando cuáles fueran las

---

46 Séneca, Lucio Anneo, *Carta CXV*, p. 601.

47 Forschner, Maximilian, *op. cit.*, pp. 22-30.

48 Bringmann, Klaus, *op. cit.*, pp. 98-103.

condiciones que se necesitaran para alcanzarla. Aunque ciertamente la situación del Imperio en el siglo III d. C. era otra a la del siglo I a. C.

Las revueltas del siglo I a. C. (*i. e.* primera guerra civil) se habían producido porque un pequeño grupo dominaba la política y el pueblo no se veía de ninguna manera beneficiado. Además, había que adaptar la República a las necesidades de un Imperio. En ese entonces, Augusto devolvió a Roma la tranquilidad necesaria, y esto fue posible porque la institución más importante de la antigüedad había permanecido incólume, a saber: la ciudad-estado. La fórmula política que en ese entonces salvo a Roma fue una especie de "monarquía constitucional", apoyada por el senado, las élites aristocráticas y el ejército romano esparcido por todo el imperio. Mientras el imperio no tuvo que enfrentar serios peligros del exterior, el Estado romano permaneció inamovible. Pero cuando sus vecinos perdieron respeto a su grandeza militar y renovaron sus ataques, comenzó a tambalearse nuevamente la estructura de la ciudad-estado romana.

Por el lado social, el Estado debía "ensanchar sus bases", *i. e.*, la clase pudiente había vivido de las clases más bajas y no le había sido posible a ningún emperador conseguir aumentar la clase media. Para defender el imperio era necesario, en el siglo I a. C. como en el III d. C., recurrir a aquellos más desposeídos de los ciudadanos romanos: los agricultores. Por el hecho de ser trabajadores del campo, era difícil que participaran de las ventajas del Imperio (principalmente urbano). La paradoja consistía en que el ejército estaba comandado por generales de las clases más altas, pero formado por huestes de las clases más pobres. ¿Cómo iba a ser defendido el Imperio bajo estas circunstancias, sobre todo cuando esta situación no era distinta de la que privaba en tiempos de las guerras civiles de Mario y Sila, de Pompeyo y César?

Si el ejército estaba constituido por la gente más pobre, iba seguramente a reclamar más tarde sus réditos. Debido a su escasa preparación, los soldados no pudieron nunca articular convenientemente sus peticiones, y la pregunta era si lo llegarían a hacer sus portavoces y jefes (*i. e.*, los generales de las clases acomodadas). Porque, por un lado, las clases altas se oponían a perder sus privilegios y sacrificar su riqueza; por el otro, la clase baja carecía de formas para mejorar su situación debido a la escasa movilidad social. Esto precisamente ocasionó la guerra civil: el ejército pudo imponerse a los intereses de los acaudalados, derrocarlos y gobernar, logrando que los principales funcionarios y emperadores salieran de sus filas.

Al igual que en el siglo I a. C., al término de la guerra civil, todo mundo quería la paz, por lo cual, se hacía necesario reestructurar al Imperio según lo exigían las nuevas condiciones. A la acción de Mario, Sila, Pompeyo y César, durante la primera y segunda guerra civil, correspondió ahora a

Lucio Séptimo Severo (146-211), Publio Licinio Ignacio Galieno (218-268) y Lucio Domicio Aureliano (215-275) hacer su propia tarea en el siglo III d. C. A la magna obra de Augusto, Vespasiano y los Antonios (de la dinastía Antonia) correspondió a Diocleciano, Constantino y sus sucesores hacer lo propio.[49]

La tarea se definía de la misma forma que en el siglo I: adaptar el Imperio a las nuevas circunstancias. ¿Cuáles eran éstas? *1.* El emperador era controlado por el ejército. *2.* El ejército era caro y debía ser agrandado permanentemente por medio de reclutamientos forzosos. *3.* El odio (división del Imperio) y la envidia reinaban por doquier: los pobres odiaban a los ricos, los campesinos a los citadinos, y el ejército era odiado por todos. Los paganos odiaban a los cristianos y los consideraban responsables de socavar los fundamentos del Estado. *4.* La productividad disminuía constantemente, porque el trabajo estaba desorganizado y el comercio se había vuelto peligroso por la inseguridad de los mares y caminos. *5.* La pobreza del pueblo impedía que la industria pudiera prosperar. Y como no había recursos, no era posible invertir dinero en el campo. *6.* La inflación galopante disminuía el valor del dinero y encarecía los productos básicos. *7.* El sistema tributario había perdido eficacia y en su lugar había aparecido una forma de "latrocinio estatal" que exigía trabajo obligatorio, suministros obligatorios, donativos obligatorios. *8.* La burocracia era corrupta y venal. *9.* La burguesía urbana era espiada, perseguida y engañada. *10.* La aristocracia municipal estaba diezmada por persecuciones y expropiaciones.

En resumen, en todo el imperio reinaba un caos absoluto, por consiguiente, la función del emperador era la de restablecer el orden, o sea, igualdad de condiciones para todos.[50] Esto significaba que el Estado debía apoyar en el campo a sus pobladores. Para esto era necesario simplificar sus estructuras. Dentro de los cambios estructurales estaban los siguientes: el emperador debía ser fortalecido, el ejército debía ser reformado, se debía acabar con el odio entre las clases sociales, aumentar la productividad mínima debido a la mala organización del trabajo y comercio, acabar con la pobreza del pueblo, bajar la inflación galopante, resarcir el sistema tributario en ruina, atender el problema de la burocracia corrupta, proteger a la burguesía engañada y perseguida. ¿Cuál fue la respuesta de Diocleciano y Constantino? ¡El gobierno con crueldad![51] La reforma que se llevó a cabo por estos emperadores consistió en salvar los intereses del Estado y sacrificar a los del pueblo.

49 Clauss, Manfred, *Konstantin der Grosse und seiner Zeit*, München, C. H. Beck Verlag, 1993, pp. 33 y ss.

50 *Idem*.

51 Clauss, Manfred, *op. cit.*, pp. 58 y ss.

Si el problema del siglo III era renovar el Imperio y el poder imperial, la estrategia de Diocleciano y Constantino fue imitar el despotismo oriental (*i. e.* persa o egipcia), ya que eliminar el poder imperial y volver a la República era impensable. Además, el emperador disfrutaba de prestigio entre la población: la mayoría pensaba que sin él, Roma no podía existir. Y como fortalecer el poder del emperador significaba lograr que el ejército no lo controlara más ni estuviera por encima de él, el Imperio romano tuvo que convertirse en una "monarquía oriental", tipo Persia o Egipto, en donde los pilares del poder eran la fuerza coercitiva, por un lado, y la religión, por otro.

El segundo gran problema, después del emperador, era el reorganizar el ejército. Era evidente la necesidad de contar con un gran ejército en vista de las intromisiones bárbaras. El ideal era contar con huestes como en tiempos de Trajano, Adriano y Marco Aurelio. La solución fue doble: reestructurar la guardia pretoriana y continuar con el reclutamiento forzoso de pobres campesinos, pese a que esto agudizaba el desabasto por el largo tiempo que permanecían en el servicio militar.

Diocleciano comenzó la transformación del ejército, aunque sin cambiar la forma de reclutamiento o la estructura del mismo. Quien sí lo hizo fue Constantino: la reforma del ejército consistió, primeramente, en ampliar la tropa que cuidaba al emperador: los pretorianos. Con esto se evitaría que el ejército controlara al emperador. Y para asegurarse de la fidelidad de los soldados pretorianos, se les reclutó entre los extranjeros fieles a Roma, sobre todo mercenarios germanos. Esta también fue una forma de organizar el ejército a la oriental. Segundo; el reclutamiento obligatorio: si bien éste no era popular, sobre todo en las provincias más belicosas o cuando el número de efectivos no era suficiente, el ejército siempre fue atractivo, ya que servía para mejorar la condición social. Los ascensos dentro del ejército eran efectivos y sirvieron a muchos para ascender en el escalafón social.[52] Quien no quería ir al ejército y tenía dinero, podía cumplir con el servicio militar pagando un impuesto.

Por el lado de la administración, puede decirse que los burócratas aumentaron y se redujeron sus obligaciones. En un principio, la intención había sido la de aumentar el número de burócratas para poder administrar todos los rincones del imperio, pero el resultado fue una burocracia brutal, corrupta e inepta para llevar los asuntos del imperio. La mayoría de ellos vivía del soborno y la venalidad. Además, como los funcionarios gubernamentales disfrutaban de ciertos privilegios, los padres heredaban a sus hijos el puesto con el fin de conservarlos. La reorganización burocrática estable-

[52] *Ibidem*, p. 64.

ció una jerarquía militar que dejó sin poder y autonomía a los delegados municipales, porque sólo tenían la facultad de recaudar y distribuir impuestos. Las consecuencias del modo de organizar esta "nueva burocracia" quebrantó la autonomía de las ciudades, además de corromperlas debido a su ineptitud e inmoralidad.

En opinión de Pierre Grimal,[53] es un error decir que la burocracia socavó desde comienzos del Imperio las bases de las ciudades o provincias. En ese entonces existía ciertamente una burocracia, pero sólo se inmiscuía en los asuntos de las provincias que tenían que ver directamente con los del Estado; en lo demás, las provincias eran autónomas. Después de la reforma del siglo III, se convirtió la ciudad en una sierva del Estado a la manera de las ciudades en los imperios orientales. En este sentido, se entiende que las reformas fueron introducidas para "simplificar" la gestión del gobierno y no para el bien del pueblo.

La situación general de la economía imperial era la siguiente, según la describe Klaus Bringmann en su *Historia de Roma*:[54] depreciación de la moneda, descenso general de las condiciones económicas, saqueo metódico que provocaba la oscilación en los precios, sistema tributario caótico. Diocleciano fracasó ante esta situación. Él había fijado los precios de ciertos productos sin éxito alguno. También su fracaso se vio en la reforma tributaria. En un principio, las formas de tributación de la primera época del Imperio eran conformes a las tradiciones de las provincias, no eran nada excesivas, además de tener regiones enteras exentas de pago alguno. Pero en la época de Diocleciano, las provincias no lamentaban tanto los pagos de impuestos como los pagos extraordinarios. Estos pagos extraordinarios se debían al aprovisionamiento del ejército en forma de trabajos forzados y confiscación de bienes. Estos pagos eran la regla en el siglo III y se exigían de manera desordenada.

Después de la guerra civil, para todos fue patente la necesidad de modificar el sistema tributario, para lo cual se contemplaron dos medidas posibles y contrarias: o bien, adaptar la tributación a las condiciones de cada provincia o uniformar las contribuciones a todas las provincias. La primera no se llevó ni se podía llevar a cabo. La razón era que no había tiempo para estudiar las capacidades de pago de cada provincia y la necesidad de dinero era urgente, porque el ejército necesitaba muchos recursos para proteger las fronteras. Además, el emperador no aceptaba tributos en dinero debido a su depreciación; sólo se aceptaban tributos en especie (la famosa *Annona*), tanto

53 Grimal, Pierre, *op. cit.*, p. 203.
54 *Cfr.*: Bringmann, Klaus, *op. cit.*

para el ejército como para la ciudad de Roma y los funcionarios del Estado. Sin embargo, incluso los pagos en especie deparaban problemas debido a que no eran predecibles las necesidades a futuro del Estado.

El Estado fijaba cada año el monto del tributo, por lo mismo, nadie podía anticipar sus gastos o ganancias hasta que el Estado no determinaba lo que iba a cobrar. Por eso, la solución que se adoptó fue la segunda: imponer una carga tributaria igual para todas las provincias. Esto no era el fin de los problemas, porque seguía presente el dilema de la distribución de la riqueza acopiada. Si bien en Egipto, por ejemplo, la distribución se basaba en un catastro bastante minucioso, en el número de provincias urbanizadas y en la capacidad contributiva de las distintas ciudades, Diocleciano veía este sistema demasiado laborioso y complicado, y le resultaba más sencillo un sistema homogéneo para todas las provincias.[55]

El sistema Diocleciano imponía impuestos por parcela cultivable en las provincias, algo que era inteligible para todos los campesinos de quienes dependía la tributación. Sin embargo, esta solución fue insuficiente, porque no había para cada parcela o *iugum* una cabeza de familia que la cultivara. La razón residía en que la población en la época de Diocleciano —mejor dicho en todo el siglo III— se había vuelto nómada debido a la opresión. El arma de los pobres campesinos era huir cuando las condiciones de vida se volvían insoportables en una región, y como el Imperio garantizaba la libertad de moverse dentro de sus fronteras a placer, los campesinos podían cultivar las tierras una temporada, pero a la siguiente podían huir a otras o irse a la ciudad. Esto llevó a Diocleciano a cobrar los tributos no sólo por parcela, sino también *per capita* o por cada cabeza de habitante. De esta manera, lo que deseaba el emperador era anclar al campesino a su parcela y a su trabajo, de la misma forma como ocurría en las monarquías orientales.

Se puede concluir diciendo que el Estado no tuvo nunca un presupuesto regular; cuando se veía en problemas, carecía de los fondos para salir de ellos. En caso de apuros económicos, la forma de reunir recursos era por medio de las contribuciones extraordinarias (requisiciones y confiscaciones). La inseguridad de los tiempos, unida al caos del sistema tributario, llevó a la ruina a la industria y a la reducción de las contribuciones indirectas.

Por otro lado, el carácter más sobresaliente del Imperio en siglo III fue su religiosidad. Y entre más religiosa se volvía la gente, más se acentuaban las diferencias entre los grupos sociales: los cristianos no podían aceptar a los paganos, los paganos a los cristianos, los zoroástricos no aceptaban el culto a Odín, etcétera. La solución de Diocleciano consistió nuevamente en extender el culto al emperador, no como culto a una institución imperial,

[55] *Ibidem*, pp. 118-120.

sino a la persona misma del emperador. En siglo III, los cristianos eran un poder dentro del poder, porque ayudaban a los más desposeídos y esto hacía que aumentaran sus adeptos día con día. Constantino reconoció esta situación e invitó a la iglesia cristiana a colaborar con el Estado, invitación que la iglesia aceptó.[56]

V. La cultura de los derechos humanos en el cristianismo

Gracias al cristianismo[57] se consolidó el pensamiento sobre la igualdad de todos los hombres, porque dentro de su dogmática se establecía la creación de los hombres por Dios a partir de su propia imagen. Con la fe en el paraíso y el estado natural del hombre sin pecado, se consideró la posibilidad real de que los hombres pudieran convivir pacíficamente en libertad e igualdad, sin necesidad del sometimiento de unos por otros y la resultante esclavitud. El padre de la iglesia San Ambrosio[58] (337-397) utilizó la ética estoica de las virtudes y responsabilidades fusionándola con la ética social cristiana. Así se unió la obligación estoica de autoconservación con el mandamiento cristiano de amar al prójimo (incluso a los enemigos), permitiendo una interpretación del trato que se debería dispensar a los demás, a saber: procurar la vida del resto como lo hacemos con la propia.

Pero la consolidación del cristianismo fue una obra ardua y lenta que tomó muchos siglos. En una revisión rápida, el avance cristiano iniciaría en las postrimerías de la Antigüedad o "Antigüedad tardía", como la llamó el historiador irlandés Peter Brown.

1. *Albores del cristianismo en la Antigüedad tardía*

La visión pesimista de la decadencia romana se debió principalmente al historiador inglés Edward Gibbon, quien responsabilizó al cristianismo y afirmó que desde la decadencia de la Antigüedad no había habido nada digno de mención en la historia europea hasta el Renacimiento. Esta idea

---

[56] Brown, Peter, *Autorität und Heiligkeit. Aspekte der Christianisierung des Römischen Reiches*, Stuttgart, Rclam, 2008, pp. 13 y ss. *Cfr*. Brown, Peter, *El mundo de la antigüedad tardía. De Marco Aurelio a Mahoma*, Madrid, Taurus, 2012.

[57] Nowak, Kurt, *Das Christentum. Geschichte, Glaube, Ethik*, München, C. H. Beck, 1997, pp. 61 y ss.

[58] Gilson, Étienne, *La filosofía en la Edad Media. Desde los orígenes patrísticos hasta el fin del siglo XIV*, Madrid, Gredos, 1985, pp. 91 y ss.

dominó el espíritu europeo durante cuatro siglos sin haber sido revisada por el Romanticismo que, dentro de los estudios históricos, comenzó con la reivindicación de la Edad Media, como en el caso del profesor suizo Jacob Burckhardt. La recuperación histórica de las postrimerías de la antigüedad romana (o Edad Media temprana) comienza con el siglo XX, y no se debe a un simple cambio en la investigación histórica, sino a los cambios en los modelos estéticos que llevaron, por ejemplo, al reconocimiento del arte bizantino.[59]

2. *La nueva religiosidad*

La característica más importante de los tiempos de "decadencia romana" o antigüedad tardía es el religioso, y entre los fenómenos religiosos más significativos está la expansión del cristianismo. No hay que poner énfasis en la persecución que sufrieron los cristianos porque las otras religiones paganas padecían el mismo clima de intolerancia o tolerancia: paganos y cristianos no se distinguían en su actitud religiosa frente al hombre y el mundo romano.[60]

Esta actitud religiosa constituye la mentalidad de la época, al grado de poder dividirse los 15 siglos que comprende la antigüedad grecorromana en tres periodos, correspondientes cada cual a un desarrollo del espíritu religioso. *1.* El primer periodo es cuando aparece la civilización griega y la humanidad muestra un sentimiento profundamente religioso. Para esos hombres, lo sagrado se encontraba en todas partes (como muestra el *Fedro* de Platón).[61] Los antiguos ven a los dioses en todas las manifestaciones de la naturaleza, todas las tareas de la jornada diaria se "sacralizan" mediante un rito religioso específico, el lazo de unión social es la coincidencia en la fe religiosa. *2.* Segundo periodo: le sigue a este primer periodo el helenístico. La diferencia con el periodo anterior es que en el helenístico la ciudad se ha degradado a nivel "municipal", *i. e.* se ha achicado, porque Alejandro Mag-

59 Tatarkiewicz, Wladyslaw, *Historia de la estética II. La estética de Oriente,* Madrid, Akal, 2000, pp. 5-50.

60 Brown, Peter, *Autorität und Heiligkeit…, cit.*, pp. 45 y ss.

61 No se niega que el *Fedro* es un diálogo sobre el autoconocimiento, pero a través del *thíasos*, que designaba en la Grecia antigua un culto en honor a una divinidad. El tema central es la recepción de una enseñanza secreta que precisa de la purificación, separación y muerte. Como preámbulo es necesario que Fedro se sitúe en la misma posición de Sócrates, esto es en la extrañeza de uno respecto de sí mismo, para que así tenga lugar la iniciación mistérica (*Fedro*, 230b-230e).

no encaminó la cultura griega hacia Oriente, lo que significó sacarla de la ciudad. El principal problema es el hombre y su conducta moral y de ahí el surgimiento de epicúreos, estoicos, cínicos, etcétera.

El principio del periodo helenístico comienza con la victoria de Filipo de Macedonia en Queronea (338 a. C.) y a partir del siglo II a. C., el Mediterráneo comenzará a gestar una unidad cultural gracias a la fusión grecolatina. Este periodo helenístico se prolonga durante todo el alto Imperio romano, o sea, los tres primeros siglos de nuestra era. Comparándola con la precedente, aparece menos interesada por cuestiones religiosas, en parte debido al análisis filosófico.[62] Los dioses estaban infiltrados de las concepciones filosóficas y eran ajenos a los hombres (como Ateneo de Náucratis lo deja ver en su obra *Banquete de los eruditos*).[63] Es la época en la que aparece el culto al emperador romano, como necesidad de unidad y también como síntoma de la confusión religiosa. Es necesario aclarar que cuando se afirma que este periodo no es religioso, se quiere decir que el hombre helenístico no se entiende a partir de los valores religiosos, porque el tema preponderante es la felicidad del hombre dentro de los límites terrestres y temporales.[64] Por eso se encontrará al vulgo ocupado en aumentar sus placeres corporales, más o menos soeces, y manifestando síntomas decadencia moral. Si bien se puede hablar de un "eclipse" de lo sacro, la secularización de la cultura en este periodo no opera del mismo modo que en el mundo moderno europeo: el siglo XIX.

3. Tercer periodo: la Antigüedad tardía es la contrapartida de su inmediata anterior. El hombre vuelve a entenderse como ser religioso cuya naturaleza se manifiesta en el culto religioso. Esto significa que el hombre es un ser para Dios (*i. e.* creado por Dios y que su destino es volver a Dios). Esta tendencia comienza en el siglo I d. C., y toma su apogeo en el siglo IV d. C. La prueba de este cambio se puede ver en la sensibilidad artística que se vuelca a los temas religiosos.[65] Las diferencias entre la primera y la tercera

---

[62] Weischedel, Wilhelm, *Der Gott der Philosophen. Grundlegung einer philosophischer Theologie im Zeitalter des Nihilismus,* Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschsaft, 1983, "Cap. I: Die philosophische Theologie in der Antike".

[63] Ateneo de Náucratis, *Banquete de los eruditos*, Libros I-VIII, Madrid, Biblioteca Clásica Gredos, 1998, 870 pp.

[64] Copleston, Friedrich, "Cap. II, El periodo patrístico", en *Historia de la filosofía. De San Agustín a Escoto*, Vol. II: Influencias pre-medievales, Barcelona, Ediciones Ariel, 1971, pp. 25-50.

[65] Tatarkiewicz, Wladyslaw, *op. cit.*, pp. 51 y ss.

religiosidad son de dos tipos: respecto a la concepción de dios y respecto del sentimiento religioso del hombre mismo.[66]

La principal diferencia estriba en la idea de dios: la antigüedad primitiva conocía lo divino, no a Dios.[67] Por eso, la idea de dios (persona) es una idea nueva en la religiosidad del tercer periodo de la Antigüedad. Dios aparece como un ser trascendente y a la vez persona, que mantiene, por eso, una relación personal con los hombres. Al tener Dios una personalidad inspira adoración, temor y amor. En la evolución del sentimiento religioso tuvo una función importante la filosofía: Platón habló del dios ordenador y Aristóteles puso énfasis al dios único.[68] Este dios racional no exigía del hombre ninguna devoción. En cambio, el dios-persona despertó la devoción de los feligreses, tal y como lo entendían los judíos.[69] Su monoteísmo influyó en otras religiones, ofreciendo un dios supremo que servía de unión para todo el Imperio. Éste será el caso de Aureliano, un pagano que escribía en el siglo IV d. C. sobre la posibilidad de que todos los pueblos acordarían adorar a un solo Dios dentro de un "desacuerdo de nombres".[70]

Esta nueva religiosidad se distingue también de la anterior por su interés en la vida eterna. Ciertamente, los pueblos del Mediterráneo nunca creyeron que todo terminaría con la muerte, su idea del tiempo cíclico lo demuestra. No obstante, la vida era más importante que la muerte o que la vida después de la muerte. Por ejemplo; entre los helenos del siglo IV, a. C. Platón[71] se había esforzado en concebir un "más allá" donde los hombres serían "recompensados" o "castigados"; sin embargo, la importancia de la unidad social, el conocimiento y la actitud moral en esta vida tenían prioridad para el griego. Será a partir del siglo III o IV d. C. cuando el "más allá" sea considerado la verdadera vida y el lugar donde aguardan los muertos su

---

66 Algo por demás importante fue la idea de responsabilidad moral individual, desarrollada por la moral religiosa, aunque también por el derecho romano. *Cfr.*: Forschner, Maximilian, *Die Stoische Ethik*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschsaft, 1981, "Cap. X: Das Gute und die Güter", pp. 160 y ss. *Cfr.*, Manthe, Ulrich, *Geschichte des römischen Rechts*. München, C. H. Beck, 2003, pp. 85 y ss.

67 Brown, Peter, *Autorität und Heiligkeit…*, *cit.*, pp. 80 y ss.

68 Weischedel, Wilhelm, *op. cit.*, pp. 39-68.

69 Stemberger, Günter, *Jüdische Religion*, München, C. H. Beck, 2003, pp. 23 y ss.

70 *Cfr.* Bringmann, Klaus, *op. cit.*, pp. 118-120.

71 Platón, en el *Fedón* (81b y ss), expone su idea de la filosofía como una forma de purificación del alma y preparación para la muerte: "El alma del que ha filosofado en el recto sentido de la palabra, y se ha purificado en esta vida convenientemente, marcha al morir a morar con los dioses, en tanto que el alma que se separa del cuerpo en estado de impureza no puede verse libre por completo del elemento corpóreo".

retorno a la vida.[72] Esta idea se confirma con un ejemplo, a saber: la forma como se asumía la muerte de los niños en la primera Antigüedad respecto de la Antigüedad tardía: en la primera, los niños muertos eran fuente de temor y se les veía penando como fantasmas sin consuelo; en la antigüedad tardía, los niños muertos disfrutan de la gloria por haber muerto antes de pecar o en estado de inocencia.[73]

Este espíritu religioso, común para paganos y cristianos, no anulaba las diferencias sobre la inmortalidad del alma, la concepción de la vida y el hombre, la idea de dios, el sentido de castigo y recompensa, la "vida" después de la vida. El tema de la resurrección de los cuerpos y la comunión representa una piedra de escándalo para los paganos, tal como fue acogida la idea en el Areópago de Atenas.[74] La gran coincidencia residía en que tanto paganos como cristianos consideraban que el hombre venía de dios y estaba hecho para volver a dios. Para entender la mentalidad de la época es necesario leer a Plutarco, que vivió en año 46 bajo el emperador Claudio y murió hacia el 126 bajo Adriano, fungiendo como sacerdote de Apolo en Delfos: Plutarco[75] afirmaba que si los hombres son criaturas de dios, entonces vivirían para siempre como él.

3. *Cristianismo y cultura clásica*

Se ha advertido reiteradamente que para estudiar el cristianismo en el mundo antiguo hay que dejar los prejuicios, dejar de considerar la difusión de la nueva religión como una revuelta de esclavos u oprimidos sociales.[76] Por otro lado, es necesario entender que la persecución de los cristianos fue algo esporádico que alternó con momentos de paz (*i. e. pax romana*), porque no fueron tanto las persecuciones como la desconfianza de la gente lo que frenó la difusión del cristianismo en un momento dado.[77]

El desarrollo del arte cristiano, en el primer tercio del siglo III d. C., aprovechó lo que se ha dado en llamar "la pequeña paz de la iglesia". La cual sería el comienzo de la paz definitiva que haría posible Constantino y más tarde Flavio Teodosio "el Grande" (379-395). Cuando el arte sacro cristiano comienza a desarrollarse, es cuando hay libertad y seguridad

72 Nowak, Kurt, *op. cit.*, pp. 93 y ss.

73 *Cfr.* Morin, Edgar, *El hombre y la muerte,* Barcelona, Kairos, 1974, pp. 19 y ss.

74 *Cfr.* Gilson, Étienne, *op. cit.*, nota 58, pp. 18 y ss.

75 Plutarco, *Obras morales y de costumbres*, Libros I-XIII, 548a-568a.

76 Nowak, Kurt, *op. cit.*, pp. 20-29.

77 *Cfr.* Brown, Peter, *Autorität und Heiligkeit…, cit.*

para la nueva religión, como también un lenguaje simbólico maduro sobre las principales ideas cristianas.[78] También hay que tomar en cuenta que el desarrollo del arte cristiano refiere a una difusión del cristianismo dentro de las clases pudientes, que eran las que podían pagar sarcófagos o mausoleos, etcétera. Por eso, el desarrollo del arte religioso cristiano indica que el cristianismo había dejado de ser una religión reprimida y de pobres. Lo que quiere decir que en las postrimerías del siglo IV ya no tiene validez la afirmación de Celso[79] (177-180) sobre el cristianismo como un movimiento de incultos y pobres.

La expresión artística del cristianismo de los primeros siglos es también un indicio de la asimilación de la cultura clásica dentro del acervo cristiano. Un ejemplo de esta asimilación de la cultura clásica por los cristianos es la obra de Clemente de Alejandría.[80] En su obra *Paedagogus* (*i. e.* Maestro) pretende enseñar a los feligreses a comportarse con mesura frente a las maneras imperiales. También puede citarse el caso de San Agustín,[81] que frecuentaba las tertulias literarias en donde se discutía sobre todos los temas en un ambiente de tolerancia y cortesía. Esto habla tanto del interés por la cultura clásica como también de la versatilidad de la cultura clásica romana para permitir la expresión de contenidos diversos.

Dentro del legado de la antigüedad tardía se pueden mencionar, por el lado de la iglesia cristiana, la organización eclesiástica y el monacato. El hecho cultural más importante de la antigüedad tardía fue el cristianismo, que comenzó como movimiento urbano para después del siglo III rebasar las ciudades y el Imperio hasta llegar a Etiopía. En el siglo IV se evangeliza toda Irlanda y el norte del Danubio (*i. e.* los pueblos germanos). En el siglo VII llega a China, de donde es expulsado hasta el siglo XX con la revolución cultural de Mao. ¿Cómo se logró todo esto? Por la organización eclesiástica y el monacato.

Cuando el cristianismo es tolerado y aceptado por el emperador, comienza a convertirse en religión de Estado y tiende a imprimir su huella

---

78 Al respecto, el incomparable estudio sobre estética de Tatarkiewicz, Wladyslaw , *op. cit. Cfr*. Panofsky, Erwin, *El significado en las artes visuales,* Madrid, Alianza Forma, 1979, pp. 17-44.

79 Celso afirmaba contra los cristianos: "Vemos, efectivamente, en las casas privadas a cardadores, zapateros y bataneros, a la gente, en fin, más inculta y rústica, que delante de los señores de casa, hombres provectos y discretos, no se atreven a abrir la boca; pero apenas toman aparte a los niños, y con ellos a ciertas mujercillas sin seso, ¡hay que ver la de cosas maravillosas que sueltan!". *Cfr.* Celso, *El discurso verdadero contra los cristianos*, Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 55.

80 *Cfr*. Gilson, Étienne, *op. cit*., nota 58, pp. 45 y ss.

81 *Ibidem*, pp. 108 y ss.

sobre las instituciones y modos de vida. Por eso, puede decirse que la civilización antigua en sus postrimerías es una civilización cristiana. Estas dos razones (conservación y difusión) llevaron a Peter Brown[82] a decir que los dos legados de la cultura antigua tardía eran primordialmente cristianos (iglesia y monacato). Con ambos los cristianos ayudaron a la difusión de la literatura en forma de liturgia cristiana (forma heredera de la literatura clásica).

Durante el desarrollo del cristianismo se transformó también la forma como se editaban los libros. En el tiempo de Cicerón eran rollos de papel, mientras que en el tiempo de San Agustín fueron folios encuadernados (o cosidos) en la forma como hoy día conocemos los libros. La consecuencia de esta diferencia es necesario resaltarla: la presencia del libro editado en folios cosidos es más grande (por la manera de almacenarlo), además se puede leer y escribir en él, cosa que el rollo no permitía, y por último, se prescinde del lector en voz alta porque la lectura se convierte en un placer que se disfruta a solas y en silencio.

Es conocido el testimonio de San Agustín en el libro VI (cap. III, 2) de sus *Confesiones*, quien en el siglo IV escribió asombrado de la forma en que su maestro San Ambrosio trabajaba en soledad y silencio: “cuando leía sus ojos se desplazaban sobre las páginas y su corazón buscaba el sentido, pero su voz y su lengua quedaban quietas”. Esto quiere decir a su vez que la escritura triunfa sobre la palabra oral, como el escritor sobre el orador. Tendrá que llegar la radio y la televisión para que cambien las cosas nuevamente y triunfe la imagen sobre la palabra escrita.

4. *Desarrollo del cristianismo*

La influencia de la cristiandad sobre Roma, y de ésta sobre aquélla, es vital para entender a ambos. La tradición gubernamental romana y la herencia religiosa hebrea fueron los dos abrevaderos de la cristiandad.

La religión judía destacaba por la originalidad de su monoteísmo y la relación directa del dios creador con los hombres. Esta relación discurría sobre la obediencia de ciertos preceptos que los profetas se empeñaban en hacer cumplir al pueblo de Israel. Para ello predicaban sobre la gravedad del pecado y la necesidad de expiar las faltas mediante el sacrificio; penitencia y sacrificio fueron elementos integrales del ritual judío. La concepción del pecado de los hebreos estaba reseñada en la caída de Adán; el *Génesis*

---

[82] Brown, Peter, *El mundo de la antigüedad…*, *cit.*, pp. 61-114.

presenta el pecado como una falta por desobediencia y vanidad. Debido a estas dos culpas, el restablecimiento de las relaciones del hombre con Dios sólo sería posible por medio de un Mesías o Redentor.[83]

Los libros sagrados de los judíos fueron tomados por los cristianos, agregando a ellos los libros del Nuevo Testamento o revelación del Cristo a los hombres para redimir sus pecados. Por eso, los cristianos se veían a sí mismos como los consumadores de la tradición hebrea. El misterio de la encarnación quería expresar la forma cómo Dios había tomado la naturaleza humana para llevarla a la redención (*i. e.* pago) de su culpa. Para los cristianos, la muerte de Cristo en la cruz consumaba el perdón de los pecados de los hombres, porque la falta contra Dios sólo podía ser perdonada con un sacrificio divino.[84]

5. *Doctrina e iglesia cristiana*

Las enseñanzas de Cristo son de dos tipos: teológicas y morales. Las primeras son fuente de muchas controversias, mientras las segundas persisten en el acervo moral occidental.

Uno de los dogmas religiosos más importantes es la trinidad de Dios. Otro dogma fundamental es el de la unidad de naturalezas en Cristo como Dios-hombre.[85] A partir de esta idea se proponía el restablecimiento de la relación de Dios con el hombre y se sostenía que la Iglesia cristiana era tanto divina como humana. A partir del dogma de la encarnación se establecía la diferencia entre cristianismo y otras religiones orientales como el *Zoroastrismo* persa, que consideraba a la materia como intrínsecamente mala. La encarnación divina era una revalorización del cuerpo así como una promesa de la resurrección del alma y el cuerpo de los creyentes.

Cristo legó a sus discípulos los medios para encontrar la unidad con la divinidad. Esos medios son los sacramentos, signos externos instituidos por él para recibir su gracia. La gracia divina fue entendida como el don sobrenatural necesario para acceder a la vida eterna. Entre los sacramentos, el bautismo se consideraba indispensable para ser cristiano y la eucaristía como acto central de la celebración litúrgica.[86]

83 Ratzinger, Joseph, *Einführung in das Christentum*, München, Kösel Verlag, 1968, pp. 24-29.

84 Müller, Gerhard Lüdwig, *Katholische Dogmatik*, Freiburg im Breisgau, Herder Verlag, 1996, pp. 54 y ss.

85 *Ibidem*, p. 45.

86 *Ibidem*, pp. 671 y ss.

Como se dijo, al Antiguo Testamento los cristianos agregaron los Evangelios de Mateo, Marcos y Lucas (evangelios sinópticos). Estos fueron escritos después de 30 o 40 años de la crucifixión del Mesías, aunque es probable que existieran antes en forma oral. El último evangelio, del discípulo Juan, fue escrito al final del siglo I y contiene datos muy distintos a los tres primeros. Más tarde se añadieron al Antiguo Testamento los *Hechos de los Apóstoles* y las *Cartas* de San Pablo, el *Libro de la Revelación* o *Apocalipsis*.[87]

Las controversias contra el gobierno romano, así como las mismas al interior de los cristianos, dieron lugar a una enorme literatura. Muchos de los libros fueron de naturaleza apologética y recibieron la aprobación oficial de la iglesia pasando a ser conocidos sus autores como Padres de la Iglesia. Entre ellos se puede nombrar a San Ambrosio de Milán, San Jerónimo de Estridón, San Agustín de Hipona.

El Imperio romano ayudó a la rápida difusión de la nueva religión. La *pax romana* facilitó el comercio y con él la diseminación de ideas. El resultado de la *pax romana* para el cristianismo fue que éste rápidamente pudiera establecerse en las distintas ciudades del Imperio. Entre los misioneros más destacados se cuenta a Pablo de Tarso, que fue un hebreo culto nacido fuera de Judea y que podía sintetizar la cultura hebrea con la romana y la griega. Pablo creyó que el Evangelio estaba destinado para todas las razas y naciones. Por eso, predicó sobre todo a los gentiles o paganos y tuvo especial éxito al explicar el Evangelio a las mentes educadas bajo la influencia de la cultura griega.

La primera cristiandad se organizó en *iglesias*, y a los encargados de expender sacramentos se les llamó *clero*. Para la iglesia, el clero original lo constituían los apóstoles y a sus sucesores se les llamó *obispos* (*episcopi*). En pocas palabras, la organización de iglesia cristiana imitó las estructuras romanas. Entre las diócesis más importantes estaba Roma, evidentemente por ser la capital del Imperio y porque una temprana tradición afirmaba que allí habían sufrido martirio y muerte los apóstoles Pedro y Pablo. Más tarde San Clemente, obispo de Roma, escribió una carta en tono especialmente autoritario, perfilándose de esta manera como Papa o máximo pontífice. Después de él, la iglesia comenzó a adoptar una estructura jerárquica que no abandonó nunca.[88]

---

[87] Theissen, Gerd, *Das neue Testament*, München, C. H. Beck, 2002, pp. 21 y ss.

[88] Denzler, Georg, "Cap. II: Die Entstehung der Idee des Papstums", *en Das Papstum. Geschichte und Gegenwart.*, München, C. H. Beck, 1997, pp. 18 y ss.

6. *Cristianismo y cristiandad*

En un principio el Imperio no recibió bien al cristianismo. Más tarde, y pese a su tolerancia, el Imperio vetó oficialmente al cristianismo e incluso trató de suprimirlo. Los cristianos fueron acusados por llevar prácticas "inconfesables y secretas". Una de las razones de la animadversión contra los cristianos fue que, como los judíos, se negaran a rendirle culto al emperador. Para los romanos esta renuencia era considerada traición a la patria y castigada con la muerte. La salida que encontraron los primeros cristianos fue el culto secreto con riesgo de martirio.

La persecución contra los cristianos no tuvo éxito, algunas veces se suspendió, y en otras se avivó. El número de los cristianos fue en aumento constante hasta el grado que en el siglo IV, con el emperador Constantino (exactamente en el año 313), se pronunció el Edicto de Milán donde se manifestaba la tolerancia al cristianismo y colocaba en igualdad de derechos con las otras religiones del Imperio. Constantino mismo no se hizo cristiano hasta muy tarde y nunca abandonó la idea del dios-emperador. Hubo, no obstante, un emperador que volvió a perseguir la fe cristiana: Juliano el apóstata (361-363), sin embargo, con el emperador Flavio Teodosio "el Grande" (muerto en 395) se condenó el paganismo mediante el Edicto de Tesalónica y se colocó a la religión cristiana en una posición privilegiada.

Para muchos historiadores es un misterio cómo el cristianismo, nacido en un rincón de una provincia romana sin mayor importancia, haya llegado a dominar el Imperio entero. Dentro de un ánimo histórico-secular se mencionan las razones de tipo no religioso como: *1*. La *pax romana* (*i. e.* tolerancia religiosa) y *2*. las comunicaciones que existían a lo largo y ancho del Imperio. *3*. Otra razón más fue la pérdida de vigor del paganismo grecorromano debido al ateísmo filosófico que había sembrado el escepticismo dentro de los espíritus cultos, al grado que Augusto notó que el culto al emperador tenía más fuerza que el culto a los dioses romanos. Romanos cultos como Séneca y Cicerón se volvieron al estoicismo; pero para el pueblo, las elucubraciones filosóficas no podían satisfacer sus necesidades espirituales.

La sensibilidad popular tendía a una fe tangible y emocional, así es como se puede explicar el auge de las religiones mistéricas[89] debido al atractivo de sus ritos iniciáticos, periodos de preparación y prueba (que incluían la purificación y el sacrificio), algo que les dio un impacto y aceptación más grande. Entre las religiones y mitos que influyeron mayormente al Imperio

---

[89] Dawson, Christopher, "Antecedentes: el imperio romano", *Historia de la cultura cristiana*, México, FCE, 1997, pp. 63 y ss.

romano se cuenta el culto a Mitra, culto de origen persa que veneraba al sol. Esta religión, igual que las otras llamadas mistéricas, confería un sentimiento de pertenencia al hacer participar a sus devotos en ciertos ritos. El mitraísmo también daba importancia a las virtudes militares y prometía una vida futura. Este culto fue durante mucho tiempo un competidor del cristianismo.

La explicación de la difusión rápida del cristianismo apela a la satisfacción de las necesidades espirituales del pueblo; eficacia que compartía con las otras religiones orientales. Este alimento espiritual no lo obtenía la grey de la filosofía ni de la religión grecorromana, porque las religiones mistéricas ofrecían ritos que acrecentaban la emoción personal y el sentido de pertenencia. A esto hay que agregar la labor de Pablo de Tarso y los padres de la iglesia, quienes con sus actos misioneros y explicaciones filosóficas de los misterios cristianos, convertían la doctrina en algo atractivo tanto para simples como para despabilados paganos.

7. *El concepto de* humanitas *en el pensamiento de San Agustín*

Sin lugar a dudas, la idea principal que dio origen al concepto de igualdad fue la de *humanidad*. Esta idea nació en el seno de la religión cristiana 200 años después de la muerte de Jesucristo y fue desarrollada de manera sin igual en la historia de occidente por San Agustín. Nunca nadie antes, ni los griegos ni los romanos,[90] habían llegado a concebir la idea de la humanidad como un todo, como un solo ente, que progresa a lo largo del tiempo hacia un fin común. Esta es una idea exclusiva del occidente cristiano.

San Agustín interpretó la creación divina de Adán como la creación no de un sólo hombre, sino de la raza humana entera. Y la creación de Eva, a partir de una costilla del hombre, no como un signo de sometimiento o sumisión de la mujer al hombre, sino como la creación de algo distinto a partir de lo mismo.[91] Entonces, el origen común unía e igualaba a todos los hombres, y las diferencias entre ellos (de razas, hábitos y lenguajes) serían una simple variante de lo mismo que, sin embargo, no destruían la unidad primigenia.

---

[90] El estoicismo, del cual ya me ocupé (*ut supra*), afirmó algo parecido al unir a todos los hombres bajo el imperio de una sola ley, a saber: la de la naturaleza. Sin embargo, no llegó a tener grandes consecuencias por no exigir correspondientemente una conducta legal/social hacia el prójimo. *Cfr*. Leisegang, Hans, *Die Gnosis*, Stuttgart, Kröner Verlag, 1985, pp. 9-60.

[91] Véase Agustín, Aurelio, *Comentario al Génesis en réplica a los maniqueos,* Madrid, BAC, 1988, t. XVIII.

La concepción del tiempo lineal y la teleología de la historia se unieron para dar fuerza al surgimiento del ideal de *humanitas*. Es necesario explicar cómo estas ideas contribuyeron a la formación de una concepción sobre la igualdad de todos los hombres y de una cultura universal; esto es, a concebir la humanidad como un todo y sometida a las mismas reglas fundamentales.

8. *Historia y* humanitas

Como es sabido, la cultura cristiana se nutre de dos venas: la judía y la griega. De los judíos heredaron la concepción de ciclos en la historia que desembocan en un milenio de prosperidad y abundancia general,[92] y también la fe en una edad de oro perdida (el paraíso perdido), que no daba lugar a pesimismos, sino a la promesa de recuperarla en un futuro. De los griegos[93] heredaron los cristianos una teoría causal que proponía la finalidad[94] como una razón necesaria para explicar cualquier cosa (sea un objeto, conducta moral o evento histórico) y, además, la teoría del acto y la potencia que daba razón del cambio como una realización de potencialidades.

Las ideas judías entraron a formar parte del contenido doctrinario cristiano, y las ideas griegas fueron asumidas para la racionalización o justificación de la doctrina misma.[95] El acervo judío tuvo prioridad sobre el helénico, y, debido a ello, el cristianismo se entiende no como una cultura estática sino en proceso permanente de desarrollo. Por esto, el tiempo y la historia adquieren un sentido primordial; porque dentro de él, todo suceso pasado tiene relevancia al dirigirse a un solo fin: la revelación y la redención. Cualquier cultura, por remota en el espacio o tiempo que fuera, se entendía como *potencia* frente al *acto*; como la realización de un proceso que culminaría en la revelación y más tarde en la redención general. Y gracias a

[92] *Cfr*. Levítico 25: 2-22. Deuteronomio 15: 1-10. Éxodo 21: 2-6. Daniel 9 y 10, y también: Bull, Malcolm, (comp.), *La teoría del Apocalipsis y los fines del mundo*, México, FCE, 2000, en especial el capítulo VIII, pp. 233-253.

[93] Hablamos, en este caso, de la influencia de Aristóteles, quien, no obstante que sus libros no fueron recuperados sino hasta la alta Edad Media, tuvo una influencia en el pensamiento cristiano desde muy temprano, por ejemplo, con Boecio en su versión de la *Isagoge* del neoplatónico Porfirio, o Diádoco Proclo en el *liber de causis*.

[94] *Cfr*. Aristóteles, *Metafísica*. 993 b, 995 b, 996 a, 999 b, 1048 b, 1050 a, Leipzig, Editorial Reklam, 1999.

[95] Hadot, Pierre, *¿Qué es filosofía antigua?,* México, FCE, 2000; en especial el capítulo X, pp. 257-268.

este fin único, sería posible explicar el devenir histórico en su conjunto, sin excluir a pueblo alguno.[96]

Evidentemente estas ideas se introdujeron lentamente en el ideario cristiano hasta llegar a su despliegue en San Agustín. Dos ejemplos de sus precursores dignos de mencionar son Clemente de Alejandría y Eusebio de Cesárea. A partir de estos dos encontramos una aceptación de los valores profanos grecorromanos por los padres cristianos en la visión cristiana del mundo.

Clemente de Alejandría nació y estudió en Atenas adquiriendo una profusa educación que comprendió estudios en filosofía, literatura e historia. Él es considerado el primer cristiano erudito[97] que concibió la sabiduría como herramienta para adoctrinar a los paganos y guiar en su fe a los creyentes. A él se debe la frase *credo ut intelligam* (creo para entender). En 170, Clemente se convirtió al cristianismo y fue, desde entonces, el principal defensor de la *verdad revelada* de su época. Esto lo obligó a comparar las visiones paganas con la cristiana, evaluando los logros de unas y otra.

Esto es; Clemente se planteó el problema de explicar cómo los hombres sin conocimiento de la *Buena Nueva* habían podido tener acceso a la verdad y obtener logros considerables en la ciencia, las artes o la política. Como cristiano, Clemente afirma la verdad del mensaje de Jesucristo y descarta que debido al cristianismo se hubiera aniquilado a la cultura clásica. Por otro lado, su educación y origen griego le impiden simplemente descalificar a todas las culturas precedentes a la religión cristiana. Por eso, realiza el ejercicio intelectual de aclarar la continuidad entre verdad filosófica y verdad revelada, o sea; entre la cultural pagana y la naciente cultura cristiana. Esto tuvo como consecuencia el rescate y conservación de toda la cultura clásica, como también la apertura a otras formas de pensar que defirieran de la cristiana.[98]

[96] El pensamiento del sacerdote católico Teilhard de Chardin continúa esta tradición iniciada por Aurelio Agustín con su filosofía del progreso que es una mezcla entre teorías científicas y pensamiento agustino. Según Teilhard de Chardin la historia de todo el cosmos es la historia de la evolución tendiente a la aparición y luego perfeccionamiento del hombre. *Cfr*. Teilhard de Chardin, Pierre, *El fenómeno del hombre*, Madrid, Revista de Occidente, 1958, 334 pp.

[97] Véase Copleston, Frederick, *Historia de la filosofía*. "t. II: De San Agustín a Escoto", Barcelona, Ariel, 1978, p. 37.

[98] No se niega que los pensadores cristianos adoptaron de las culturas paganas únicamente aquello que no estaba en flagrante contradicción con el mensaje evangélico, como sería el caso de las llamadas *artes liberales*. Pero otras concepciones religiosas y valores fueron rechazadas, como el politeísmo, culto al emperador como dios o vicario divino, poligamia, eugenesia, eutanasia, etcétera.

La conclusión de Clemente fue que existe un ascenso progresivo en el desarrollo del conocimiento que se inició en la cultura pagana, pero que se continuó y mejoró con la llegada del cristianismo.[99] De esta manera, Clemente legó al pensamiento occidental la idea de avance o progreso en el tiempo, lo que implicaba ya una concepción lineal del tiempo y un pasado común para todos los pueblos.

Las reflexiones de Clemente permitieron a Eusebio de Cesárea escribir una historia general de la iglesia cristiana[100] y hablar, por vez primera, sobre la función del Imperio romano en la *providencia divina*.[101] Con esto se introdujo en el pensamiento occidental la noción de *necesidad* y *fin* en el acontecer de los sucesos de la historia. Eusebio, que sirvió al emperador Constantino y estuvo encargado de las políticas de Estado para la nueva iglesia,[102] tuvo muy clara la idea de que existe un plan en la historia donde el emperador sería la fuerza de la misma y responsable de la consolidación y difusión del cristianismo a todos los confines del Imperio.[103]

Sumando estas ideas, resultaba que el cristianismo estaba predestinado a ser una cultura universal, lo que permitiría abarcar a todas las otras culturas no cristianas dentro de una misma vertiente. Pero sin la fusión teórica que hizo San Agustín, estas ideas hubieran permanecido deshilvanadas en el pensamiento cristiano y no representarían más que curiosas ocurrencias intelectuales. Por eso, se ha dicho que Agustín es responsable del desarrollo de la conciencia histórica de occidente,[104] esto es: de la concepción universal,[105] necesaria,[106] y lineal del tiempo,[107] así como de la explicación de todos los sucesos a partir de una finalidad común a todos ellos: nacimiento, muerte y resurrección del Cristo.[108] Esto permitió el surgimiento de una *humanitas* o cultura universal porque —como se dijo— permitió agrupar o

---

99 *Cfr*. Gilson, Etienne, *La filosofía en la Edad Media,* Cap. I, Madrid, Gredos, 1985, p. 45.

100 Aproximadamente en 312.

101 La epístola de San Pablo a los Romanos 8: 28 y ss., y la epístola a los Efesios 1: 4 y ss., son la base para el desarrollo de la doctrina sobre la providencia divina. *Cfr*. Scholl, Norbert, *Providentia. Untersuchungen zur Vorsehungslehre bei Plotin und Augustin,* Freiburg, De Gruyter, 1960.

102 *Cfr*. Kraft, Heinrich en la "introducción a la edición" de la obra de Eusebios von Ceasarea, *Kirchen Geschichte*, Darmstadt, WBG Verlag, 1997, pp. 64-65.

103 *Ibidem*, pp. 20 y ss.

104 *Cfr*. Turner, R., *Las grandes culturas de la humanidad,* México, FCE, 1974, t. II, p. 1107.

105 *i. e.* el tiempo es uno y el mismo para todos los hombres.

106 *i. e.* todo suceso está inscrito en el plan divino.

107 *i. e.* todo suceso es único e irrepetible.

108 Finalidad abre la posibilidad de una ciencia de la historia, en sentido aristotélico.

incluir en un fin común a todos los pueblos y culturas del pasado como si se tratase del desenvolvimiento de algo único.[109]

Evidentemente existieron historiadores[110] antes que San Agustín, pero todos ellos consideraban la historia como una sucesión más o menos ordenada de eventos pero sin plan o finalidad alguna.[111] Lo que les impidió, en cierta medida, relacionar causalmente los distintos sucesos y ofrecer una *explicación* completa de la historia de todos los pueblos. Esta visión del decurso histórico, con un origen y fin común, implicó también que San Agustín defendiera explícitamente la *linealidad* del tiempo y atacara a aquellos que consideraban que la historia es cíclica y que los eventos vuelven una y otra vez a repetirse.[112] La razón teológica de su rechazo reside en el valor de la encarnación y sacrificio divino; éste posee —dice Agustín— un valor universal y único, y, por tanto, no tiene por qué repetirse ni una vez más.[113] Con la finalidad y linealidad del tiempo recibe la historia su necesidad: existe un plan de la historia, conferido por la providencia divina,[114] que explica y dota de sentido a cada suceso o cultura del tiempo.[115]

A algunos parecerá chocante que se proponga al cristianismo como el origen de una cultura universal cuando ha dado lugar a persecuciones inquisitoriales y campañas misioneras que terminaron afirmando la ciega superioridad de la cultura occidental. Pero piénsese, por un lado, que la fe religiosa fue indispensable en un principio para albergar la pretensión en una *humanitas* o cultura universal, porque la fe religiosa supone un deseo de superar los límites individuales y un anhelo de trascendencia universal. Y, por otro lado, el cristianismo, entendiéndose como la *verdad revelada en la*

---

[109] Unidad de la humanidad en el tiempo.

[110] El historiador Pierre Chaunu (*op. cit.*, nota 9) afirma que la historia es de hechura griega porque está vinculada a la memoria reflexiva. Lo que quiere decir que los hombres no tienen una conducta guiada por instintos, sino por cultura. En la época de Polibio, "historia" significaba saber especializado: conocimiento del saber del pasado. Por lo tanto, en el interior del saber, que es cultura (*i. e.* en el interior de los procedimientos que permiten mejorar la vida), hay una memoria que apuntala nuestra vida.

[111] Por ejemplo, para Heródoto (485-425 a. C.), que es ya un historiador en forma, la historia está ahí para que las acciones de los hombres no se olviden con el tiempo. Véase Heródoto, *Historias*, Biblioteca Scriptorum Graecorum et Romanorum Mexicana, México, UNAM, 1984, t. I, p. 1.

[112] San Agustín dedica el libro XII de su obra *La ciudad de Dios* a la exposición y refutación de la circularidad de la historia.

[113] A partir de esto, recibe también todo suceso de la historia su singularidad y relevancia *Cfr*. Agustín, Aurelio, *La ciudad de Dios*, Libro XII.

[114] *Cfr*. Gilson, Etienne, *op. cit.*, nota 58. Capítulo VIII.

[115] *Cfr*. Dux, Günter, *Die Zeit in der Geschichte*, t. III, Frankfurt, Suhrkam, 1998.

historia, tenía que erigirse como *universal*[116] e *incluyente*,[117] o sea; como fin de la historia de todos los hombres.

San Agustín asentó la unidad de la humanidad, por lo cual siempre se intentaría en el futuro darle *sentido cristiano* a las culturas de otros pueblos, es decir, encontrarles dentro de la *providencia divina*, dentro del plan de la historia, su lugar.[118] Esto permitió, y permite, dos cosas positivas: que los pensadores europeos se interesaran y asimilaran las culturas de otros pueblos[119] y que lograran sustraerse a la heterogeneidad incomprensible de las muchas culturas y pasaran a la homogeneidad ordenadora de las mismas. Pero, en contraposición a esto, siempre iban a sostener (y sostienen) su superioridad por el simple hecho de ser los salvaguardas del mensaje evangélico, como se lee en la declaración *Dominus Iesus* del 6 de agosto de 2000.

> Los padres del Concilio Vaticano II, al tratar el tema de la verdadera religión, han afirmado: "Creemos que esta única religión verdadera subsiste en la Iglesia católica y apostólica, a la cual el Señor Jesús confió la obligación de difundirla a todos los hombres, diciendo a los Apóstoles: Id, pues, y enseñad a todas las gentes, bautizándolas en el nombre del Padre y del Hijo y del Espíritu Santo, enseñándoles a observar todo cuanto yo os he mandado (Mt. 28,19-20).[120]

VI. La cultura de los derechos humanos en la Edad Media y principios de la Edad Moderna

El cristianismo adquirió supremacía ideológica en la Edad Media a lo largo y ancho de Europa. Los principios de supervivencia de las comunidades nóma-

---

116 En sentido helénico, "verdad" significaba "válido para todo hombre".

117 En sentido religioso hebreo, "verdad *revelada*" significaba "al alcance del hombre medio" y no sólo de filósofos e intelectuales.

118 La filosofía de la Historia de G. W. F. Hegel pretende exactamente esto mismo. *Cfr.* Hegel, Friedrich, *Vorlesungen über die Philosophie der Weltgeschichte*, Stuttgart, Meiner Verlag, t. 12, 1996.

119 Tal vez este sea un punto de diferencia con relación a otros pueblos conquistadores, a saber: que los europeos cristianos sometían a otros pueblos y asimilaban intencionalmente los mejor de sus culturas. Ni los vándalos ni los vikingos ni los mongoles tuvieron, en virtud de su cultura excluyente, la preocupación o interés de asimilar valores de la cultura vencida.

120 Congregación para la Doctrina de la Fe, *Declaración* Dominus Iesus *sobre la unicidad y la universalidad salvífica de Jesucristo y de la Iglesia*, Roma, 2000. *http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20000806_dominus-iesus_sp.html.*

das del desierto de Palestina, constituidos en dogmas religiosos, enfrentaron, al final de la época antigua, las formas de vida y pensamiento de las tribus germanas.[121] En ellas dependía el rey del consejo y voluntad de los insignes del grupo. El vasallaje se basaba en la confianza y protección mutua; por ello, las normas de convivencia gravitaban por encima del poder del señor feudal, ya que podía ser removido mediante el consenso de sus vasallos. En caso que el señor feudal no cumpliera con sus obligaciones, se concedía a los súbditos la dispensa para deslindarse de él y someterse al poder de otro señor. Ese derecho a la oposición era un aspecto esencial de la concepción política en los albores del orden político medieval.[122] Sin ese contrapeso al poder del príncipe feudal, no existía la fidelidad del vasallo.

En las postrimerías del feudalismo, al juramento de fidelidad señorial se incorporó el respeto a la autoridad eclesiástica, y con ello se alteró sustancialmente el orden social. Porque con ello se modificó la legitimación del señor feudal y fue considerado un *pecado mortal* el ataque a su dignidad real. Con esa modificación ganó el clero influencia dentro del orden político, lo que trajo consigo conflictos entre el poder eclesiástico y el civil en el tema de las investiduras, así como un sometimiento total de los súbditos tanto al poder civil como al religioso.[123] El corolario sería la desigualdad de estratos sociales y, con el tiempo, la apertura de nuevos espacios para el desarrollo de concepciones político liberales.

En el siglo XI, la *doctrina de las dos espadas* (propuesta por Bernardo de Claraval y aplicada por el papa Gelasio II) fue usada como justificación de la supremacía del poder eclesiástico.[124] Como respuesta, surgieron iniciativas para separar los dos poderes, como aquella hecha por el obispo Juan de Salisbury.[125] Esto puso nuevamente en boga la doctrina estoica del derecho natural y la de San Agustín, subrayando la igualdad de los hombres por el hecho de compartir una razón y un mismo origen. Esta idea fue desarrollada posteriormente por Santo Tomás,[126] quien concebía a los hombres como entes regidos por Dios a través de la ley natural eterna.[127] A partir de la

---

121 Romero, José Luis, *La Edad Media*, "Cap. I: La temprana Edad Media", México, FCE, 1977, pp. 9 y ss.

122 Wolfram, Herwig, *Die Germanen*, München, C. H. Beck. 1995, pp. 63 y ss.

123 Romero, José Luis, *op. cit.*, pp. 141 y ss.

124 *Cfr. Ibidem*, pp. 180 y ss.

125 *Cfr*. Gilson, Étienne, *op. cit.*, Madrid, Editorial Gredos, 1985, pp. 219 y ss.

126 Wittmann, Michael, *Die Ethik des Hl. Thomas von Aquin. In ihrem systematischen Aufbau dargestellt und in ihren geschichtlichen, besonders in den Antiken-Quellen erforscht*, München, Max Hüber Verlag, 1933, pp. 287 y ss.

127 Forschner, Maximilian, *op. cit.*, pp. 80 y ss.

obligación estoica de autoconservación, justificó el Aquinate la prohibición del suicidio y la tortura, a la vez que limitó el poder del rey y la inquisición para impartir castigos.[128] Del mandamiento de la ley mosaica "no robarás", derivó el derecho y respeto a la propiedad privada de todos los hombres. Con base en su concepción de la personalidad humana, derivó el concepto de conciencia moral individual, como instancia suprema para la acción de cada persona, relegando a un segundo plano el sometimiento a los prelados y reyes.[129] Siglos más tarde, Bartolomé de las Casas argumentaría con base en los mismos principios estoicos (obligación de autoconservación) y tomistas contra el dominio de los conquistadores españoles y a favor del derecho a la legítima defensa de los indígenas americanos.[130]

En el mundo político, las exigencias del poder señorial y eclesial condujeron a confrontaciones entre los gremios y las autoridades. Una nueva normativa surgió de estas disputas: la *Magna charta libertatum*[131] (Carta de las Libertades) de 1215 que fue redactada en Inglaterra en tiempos de Juan I (Juan sin tierra). Con ella se limitaron los poderes del rey y se restablecieron los derechos de los barones, quienes recibieron garantías contra el abuso real al proscribir la detención, encarcelamiento, desposesión, destierro o ruina de cualquier hombre libre, solamente que fuera mediante un juicio legal, realizado por sus iguales y con base en el derecho vigente. Además, estos derechos documentados serían custodiados por una comisión de barones elegidos para el caso. Ellos tenían la facultad, en caso de violación de la carta, de llevar sus quejas al rey. Este *habeas corpus* solamente tenía validez para los nobles; no obstante, fue la Carta de las Libertades el primer escrito de la alta Edad Media que consignaba y defendía los derechos de los súbditos frente al soberano.

1. *Desarrollo del pensamiento medieval*

La denominación "Edad Media" fue utilizada hace cinco siglos de manera despectiva para designar una época de espera, en la que no ocurrió

128 *Idem*.

129 *Idem*.

130 *Cfr*. Abril, Vidal, "*Bipolarización Sepúlveda-Las Casas y sus consecuencias*", en Ramos, Demetrio (*et al*.), *La ética en la conquista de América*, vol. XXV, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1984, pp. 229 y ss.

131 Madrazo de Rebollo Paz, Ana María, *Lecciones de historia de la civilización y de las instituciones. La Edad Media*, Buenos Aires, Cathedra, 1969, pp. 265-272 *http://hum.unne.edu.ar/academica/departamentos/historia/catedras/hist_medi/documentos/occidente/carmagna.pdf*

nada de consideración para la humanidad. "Edad Media", como su nombre lo dice, es la edad que media entre la Antigüedad y el Renacimiento; edad perdida. El epitafio de Descartes elogia al re-descubridor de la ciencia y de la razón humana.[132]

Este juicio sobre la Edad Media prevaleció hasta Hegel, quien en sus *Lecciones sobre historia de la filosofía* escribió que él desearía calzarse las *botas de las sietes leguas* para salvar los 1000 años que median entre la Antigüedad y el Renacimiento. Ciertamente que ya en el siglo XIX el juicio sobre esta época se balanceaba del desprecio al reconocimiento, gracias al trabajo de investigadores alemanes, franceses y holandeses que rescataron del olvido esa época de la filosofía.

Para conocer la filosofía medieval es necesario atender a sus límites, o sea, hay que preguntarse por su principio y por su fin. El año que se ha determinado como inicio de la Edad Media (y de la filosofía medieval) es el 529. En ese año un edicto del emperador Justiniano cierra la Academia de Platón en Atenas, que había subsistido durante 900 años, y en ese mismo año Benito de Nursia funda el monasterio de Montecasino, el primer monasterio del mundo cristiano occidental.[133]

Al hablar de la decadencia de la filosofía pagana, Hegel alude a algo importantísimo: la oposición entre filosofía pagana y cristiana. Para él, esta contraposición es más radical que aquella que había entre la filosofía jónica y la socrática, porque entre la filosofía antigua y la medieval hay un suceso histórico que parte la historia: la encarnación de Cristo. Claro que entre la filosofía jónica y la socrática hay acontecimientos históricos que dividen y dan razón de las dos formas distintas de filosofar; pero ahora este segundo evento es de dimensiones religiosas. El filósofo alemán Karl Jaspers ha dicho que este acontecimiento se erigió como eje de la historia universal: "todo acontecimiento viene de Dios y se dirige a Dios".[134]

Y todo autor medieval asumirá la importancia innegable de este acontecimiento histórico para de ahí comenzar a filosofar. Lo que a su vez quiere decir que, en la Edad Media, el acontecimiento más importante de la historia no es humano, sino divino; lo que a su vez quiere decir que el sentido de la historia humana no proviene del hombre, sino de Dios. Entonces —permítaseme una obviedad—, el pensamiento cristiano comienza con la era cristiana; por ello, historiadores de la filosofía, como el francés Gilson, comienzan su

---

132 Pieper, Josef, *Scholastik. Gestalten und Probleme der mittelaltrlichen Philosophie*, Leipzig, St. Benno-Verlag, 1984, p. 68.

133 *Ibidem*, p. 70.

134 *Ibidem*, p. 71.

Historia de la filosofía cristiana en la Edad Media con una exposición de la doctrina del Nuevo Testamento.

San Agustín vive aún en el ambiente del Imperio Romano; un ambiente helenizado con los pensamientos de los estoicos, epicúreos y neoplatónicos. Y no obstante que en 410 Alarico conquista Roma, el marco cultural del padre de la iglesia es la antigüedad grecorromana.[135] Cuando los vándalos asedian su ciudad, Agustín de Hipona y obispo de Tagaste es un moribundo. Un siglo más tarde, la situación es muy distinta: Boecio tiene que vérselas con los nuevos habitantes de Roma: los godos.[136] ¿Qué quiere decir esto? Que las personas que desarrollan la filosofía medieval son las pertenecientes a los pueblos bárbaros que invadieron Europa a finales de la Edad Antigua.[137]

A estos pueblos nuevos es a los que se dirige Boecio. Con esto, el centro del pensamiento occidental cambiará de Atenas, Alejandría, Antioquía y Cartago, a la corte de Teodorico (*i. e.* Ravena, Verona, Pavía). Luego, en la corte de Carlomagno, será Canterbury, París, Oxford y Colonia. Además, cuando lo que ahora conocemos como Italia atrae aún a los pensadores occidentales en sus fronteras, éstos son de estirpe germánica. La madre de Santo Tomás es normanda y el padre de la familia de los Hohenstaufen. La relevancia de la ocupación de los nuevos pueblos para el desarrollo de la filosofía la ha marcado Hegel, al decir que en la Edad Media hay dos naciones y dos idiomas. Un pueblo que dominó y ha sido en el transcurso del tiempo dominado y otro pueblo que subyugó y a la vez fue culturalmente subyugado.[138] Ésta es la causa de extrañamiento para Hegel: el entendimiento filosófico perdido en las asperezas nórdico-germánicas. Entonces, el pensamiento de origen extraño (mediterráneo) en mentes nórdico-germánicas es un punto por destacar como ruptura de lo antiguo en lo medieval.[139]

Según el filósofo cristiano Josef Pieper, es fácil encontrar el principio de la Edad Media y del pensamiento medieval, pero es difícil localizar su fin. Esto, porque uno creería que lo contrario es lo correcto: el pensamiento antiguo se confunde con el medieval, pero el medieval se diferencia radicalmente del moderno. La razón que aduce Pieper sugiere que pareciera que la Edad Media no ha terminado o, de otra manera, que el capítulo que inaugura la Edad Media no se termina con ésta.[140] Si la época que abre la

135 *Ibidem*, p. 73.
136 *Idem*.
137 Pieper, Josef, *op. cit.*, p. 74.
138 *Ibidem*, p. 75.
139 *Idem*.
140 Pieper, Josef, *op. cit.*, p. 76.

Edad Media no ha concluido aún, entonces, la pregunta se dirige a saber qué es lo medieval de la Edad Media; porque nadie puede negar que los pensamientos cristianos continúan presentes en la filosofía postmedieval.

Para indicar lo que de medieval tiene la Edad Media, Josef Pieper se refiere a un elemento conceptual que asimilan los pueblos invasores: ese elemento es la sistematización escolar del pensamiento.[141] Y esto es importante, porque estos pueblos tenían la tarea de sintetizar la herencia del mundo antiguo que constaba de dos formas distintas de pensar: por un lado, el pensamiento grecorromano y, por otro lado, el judeocristiano. Por ello, concede Pieper que la filosofía medieval sea poco original, porque su reto no era concebir nuevas ideas, sino sistematizar las heredadas.

La escolástica es el producto medieval por antonomasia, y dejó de funcionar cuando el trabajo de sistematización y síntesis quedó terminado.[142]

El pensamiento medieval no perece por acontecimientos externos, sino que degenera desde dentro: Martin Grabmann afirma que decayó repentinamente, Gilson que se produjo un "desorden intelectual", De Wulf dice que no faltaron ideas, sino buenas cabezas.[143]

2. *La herencia de la Edad Media*

Occidente comienza a componer una visión sistemática del mundo a partir del neoplatonismo de San Agustín, recogido y diseminado en la obra de Pedro Lombardo, *Breviario agustino*. Más tarde, se transforman las obras medievales de pura y simple recopilación (i. e. las Sentencias) en las famosas *Sumas* u obras de aportación. Además, se crean los centros de educación superior (las universidades), en donde estudian no sólo religiosos sino también laicos.[144] También se introducen permanentemente nuevos autores de la antigüedad: en el momento en la Edad Media en que parece consolidada en su acervo espiritual, aparece Aristóteles y produce un enorme cambio. Ciertamente, los escritos de la *Antigua Lógica*[145] ya se conocían gracias a los comentarios de Boecio a la obra de Porfirio; pero en 1130 aparece la *Lógica*

141 *Ibidem*, p. 77.
142 *Ibidem*, p. 78.
143 *Ibidem*, p. 79.
144 *Ibidem*, p. 80.
145 La *Antigua Lógica* era el estudio sobre el concepto y el juicio, de las *Categorías* y el *Perihermeneias*.

Nueva.[146] Si estos textos causaron impacto, mucho más los libros dedicados a la física, metafísica, moral y política.[147]

Las traducciones entraron por distintos puntos de Europa: en Sicilia se tradujo a Aristóteles directo del griego y en España se le hizo partiendo del árabe. Persas, árabes y sirios habían conservado las obras aristotélicas para los latinos. No se puede eludir la pregunta de Josef Pieper: ¿por qué no fue uso generalizado traducir a Aristóteles directo del griego? La respuesta del mismo dice que la complejidad de Aristóteles demandó la interpretación árabe para poder asimilarlo.[148] Pero, ¿a qué se debía la complejidad de la obra de Aristóteles? Por un lado —nos dice Pieper— a la confrontación con el pensamiento religioso cristiano; por otro, al pensamiento predominante agustino, más cerca de Platón que de Aristóteles. Por último, la razón de más peso: Aristóteles no escribió textos, como ahora lo hace un universitario, su obra la constituyen fragmentos de difícil comprensión.

Pieper nos deja esta historia:[149] Nestorio, persa de nacimiento e influido por la escuela teológica de Antioquía, acentuaba lo humano e histórico de la figura de Jesucristo. Esta visión era próxima a la de la filosofía de Aristóteles. Un centro nestoriano se encontraba en la ciudad Siria de Edessa en los años 400. La escuela teológica de Nestorio fue condenada por herética en el 431, durante el concilio de Éfeso, por tanto se prohibió en todo el Imperio romano. Todos los nestorianos se refugiaron en Persia (Nísibe), y con ellos los aristotélicos con quienes se vinculaban.[150]

Ahí se formó una escuela importante de aristotelismo que fue el modelo de universidad para la cristiandad. En esta escuela *sirio-persa-nestoriana* se conservaron y estudiaron los textos aristotélicos (así como los de Euclides, Hipócrates, Galeno, Arquímedes). Estos textos fueron traducidos al sirio, luego seguramente al persa y después al árabe. Hay que recordar que, hacia el año 800, el árabe era la lengua científica del mundo culto. En este idioma llega Aristóteles a los occidentales atravesando los montes Pirineos.

El estudio de Aristóteles tuvo grandes comentadores, como Avicena, nacido en Persia 980 (médico, teólogo y filósofo). Éste aseveró haber leído la *Metafísica* de Aristóteles sin comprenderla cabalmente, pero cuando la memorizó, ese día se abrió su entendimiento (tradición pura musulmana: memorizar para entender). Otro gran comentarista fue el jurista, médico

---

146 Por ejemplo, los tratados sobre el silogismo, de la prueba de la argumentación de los sofismas.

147 *Ibidem*, p. 81.

148 *Ibidem*, p. 83.

149 *Ibidem*, p. 84.

150 *Idem*.

y filósofo, Averroes, nacido en Córdoba en 1126. Pieper nos recuerda que estos autores influyeron más en occidente que todo el Islam. Un tercer hombre importante para la recepción de Aristóteles fue el judío Moisés Maimónides, también de Córdoba, nacido en 1135 y quien utiliza a Aristóteles para argumentar a favor de la fe judía, para aquellos que habían perdido la fe de sus mayores y necesitaban recuperarla (ahora vía la razón). En aquel entonces, nadie podía suponer que la filosofía árabe y judía iban a tener una enorme influencia en el mundo cristiano.[151]

Si se atiende el asunto de las traducciones, hay que anotar que, en 1085, los visigodos habían recuperado Toledo y toda la parte norte de España. En esta ciudad había una importante escuela de traductores que vertían al latín toda la cultura judeo-árabe. Aún se conserva una obra de Avicena y junto con ella la forma como su traductor Dominicus Gundissalivus (s. XII) procedió en su trabajo. Se traducía palabra por palabra: primero del árabe al castellano medieval y después del castellano al latín. Historiadores y filólogos de la filosofía medieval han dejado ver su asombro respecto al producto final; o sea, asombro de que el producto final fuera inteligible.[152] La cuestión es que, con las traducciones, entra al horizonte cultural cristiano toda la cultura medieval judeo-árabe.[153]

Aristóteles cimbró el mundo occidental medieval, y esto por dos razones: *1*. Por la rapidez con que se conoció su pensamiento, y *2*. Por la preocupación que causó respecto a que hubiera una ruptura con la tradición.[154] Por ello, no se hizo esperar la prohibición de la iglesia sobre la lectura de Aristóteles, sobre todo entre 1210 y 1263. Lo más interesante es que no sólo fue la iglesia, sino además los sabios laicos universitarios los que se oponían al novedoso pensamiento de Aristóteles. Pero la prohibición se da paralelamente al estudio intensivo del filósofo. En plena prohibición, Santo Tomás elogia a Aristóteles y a su comentador musulmán Averroes. El Papa Urbano IV, que en 1263 repite las prohibiciones contra el filósofo, permite las traducciones del mismo directamente del griego. Y la universidad de París acoge el estudio y a los estudiosos de la obra de Aristóteles en 1255, apenas unos años antes de que se refrendara la prohibición de su estudio.[155]

El primer teólogo de la alta Edad Media que encara el pensamiento de Aristóteles es Alberto Magno.[156] Él se propone hacer inteligible la obra ente-

[151] Pieper, Josef, *op. cit.*, p. 86.
[152] *Ibidem*, p. 87.
[153] *Ibidem*, p. 88.
[154] *Idem*.
[155] Pieper, Josef, *op cit.*, p. 89.
[156] *Ibidem*, p. 90.

ra del estagirita, no obstante que él no conoce los textos en griego, sino sólo en sus traducciones latinas. Alberto emprende una batalla contra los "retrógrados" que quieren reprimir el estudio de la obra sin haberla conocido antes. Alberto Magno, al igual que Aristóteles, toma una afición por conocer la naturaleza que antes era inusual en los sabios medievales. Incluso su interés por la naturaleza lo lleva a contradecir al maestro griego y decir, por ejemplo, que las anguilas no viven en el fango. San Alberto Magno causó seguramente una revolución cuando pretendió dar a conocer a toda la latinidad la obra de Aristóteles.[157] El gran salto revolucionario se produjo cuando Alberto Magno asentó el principio aristotélico del conocimiento como indispensable para "todo" conocimiento (incluso el teológico), a saber: todo conocimiento comienza por la experiencia inmediata de los objetos.[158] ¿Qué significaba esto en el mundo medieval? Que la autoridad decisiva en el conocimiento era la experiencia del hombre y su razón y no más las sagradas escrituras o las autoridades eclesiásticas.

Ciertamente, los estudiosos de la alta Edad Media pensaban que la naturaleza era obra de Dios y, no obstante, la estudiaban como si no lo fuera. Esto fue obra de Alberto Magno: la naturaleza debía ser comprendida en sí misma y luego en relación con la divinidad. Lo que implicaba que el hombre, y todo lo demás en la naturaleza, que había sido aprehendido siempre desde su dependencia con la divinidad, era, a partir de San Alberto (y Aristóteles), considerado para su conocimiento como algo valioso en sí mismo.[159] La consecuencia fue el rechazo progresivo de argumentos teológicos en el estudio de las ciencias naturales. Alberto Magno, por ejemplo, exigía a sus hermanos de orden (los dominicos) ponerse al corriente en el desarrollo científico para poder seguir haciendo teología.[160]

Por ello se ha dicho que Alberto Magno efectuó un cambio en la alta Edad Media respecto a la relación entre razón y fe religiosa; porque para él, la razón no sería nunca más entendida en su aspecto formal o lógico ni tampoco como la encargada de aclarar las verdades de la fe, sino sería la capacidad humana para conocer la realidad "por cuenta propia".[161] De este modo, la sentencia de Boecio (escrita en su dedicatoria a Juan Diácono cuando le envía su libro *Sobre la Trinidad*): "une la fe con la razón tanto como puedas" (*fidem si pateris ratianemque coniunge*), significará después de Alberto

157 *Ibidem*, p. 93.
158 *Idem*.
159 Pieper, Josef, *op. cit.*, pp. 94 y 95.
160 *Ibidem*, p. 95.
161 *Ibidem*, p. 96.

Magno, no dar sentido al mundo desde la fe, sino a la fe desde el mundo. Esto implicó a su vez buscar una armonía entre las verdades reveladas con aquellas obtenidas del conocimiento del mundo.[162] Y, ciertamente, no se puede dejar de intentar armonizar fe con razón si se considera que ambas revelan una faceta auténtica de la existencia humana.

Armonizar fe y razón representó una doble tarea en el Medioevo: la primera, interpretar y analizar el mensaje evangélico, expresado tanto en parábolas como en acontecimientos históricos, tanto desde el contexto cultural como desde su relevancia dogmática-teológica, utilizando para ello todo el bagaje del conocimiento humano.[163] La segunda tarea consistió en hacer armonizar el acervo teológico-religioso con el científico.[164] Desde Boecio hasta Duns Escoto ésta fue, sin lugar a dudas, la doble tarea de toda la filosofía, como en la antigüedad helena, la tarea de Platón fue buscar una interpretación que pusiera al descubierto la verdad de los mitos griegos. En este sentido, toda filosofía es desmitologización de la realidad y anhelo de conocimiento verdadero.

Santo Tomás, quien propuso una visión global de la realidad, no dejó de afirmar que una armonía de fe y razón, una visión completa y cerrada, eran imposibles. Y esto valía tanto para la razón como para la fe; porque también la teología debía adoptar una actitud de apertura para aceptar el aumento permanente de conocimiento sobre las sagradas escrituras.[165] La filosofía moderna heredó la humildad del Aquinate y abandonó el anhelo de un conocimiento completo y cerrado del mundo, para conformarse con la permanente revisión desde la duda escéptica cartesiana.

El espíritu de la filosofía de Santo Tomás de Aquino se encuentra antes que en su *Suma teológica*, en sus *Cuestiones disputadas*. Las *Cuestiones disputadas* eran ejercicios medievales sobre cualquier cuestión de interés. La condición para una discusión semejante era el *principio de racionalidad*: solamente se podía abordar algún tema, si se reconocían los supuestos del tema en cuestión.[166] Las *Cuestiones disputadas* translucen el *espíritu de la época* (de la alta Edad Media) de mantenerse abierto a cualquier tema y de tratarlo con la razón natural.[167]

162 *Idem*.
163 Pieper, Josef, *op. cit.*, p. 104.
164 *Ibidem*, pp. 104 y 105.
165 *Ibidem*, p. 106.
166 *Ibidem*, p. 107.
167 *Idem*.

3. *Conclusiones para la cultura de los derechos humanos*

¿Cómo es posible recuperar en la actualidad el pensamiento medieval? ¿Qué validez tiene para la fundamentación de los derechos humanos?[168] Para responder es necesario entender cómo se constituyó el pensamiento escolástico medieval. Josef Pieper recopila los elementos primordiales del mismo: *1*. Pueblos históricamente jóvenes del norte y oeste de Europa. *2*. Apropiación de la herencia cultural grecorromana y judeocristiana en una síntesis original. *3*. Recintos especiales donde se llevó a cabo la síntesis cultural heredada, a saber; monasterio y universidad. Y lo más importante o característico: *4*. La filosofía fue desarrollada preeminentemente por clérigos, motivados por planteamientos teológicos; por eso, la filosofía medieval es una filosofía cristiana.[169]

La actualidad de la "edad media" o pensamiento cristiano se encuentra en uno o varios de estos elementos mencionados. Primero, si la filosofía medieval es una filosofía cristiana, determinada temáticamente por la teología, entonces, reconocer su valor actual implica asumir como verdadero el mensaje evangélico. Y quien no vea verdad alguna en el cristianismo, no verá valor alguno en la filosofía medieval.[170] Si se rechaza que Jesús de Nazaret reveló información válida para la filosofía, entonces la "filosofía cristiana" es desatinada.[171] Segundo, el impulso de la época medieval para filosofar fue teológico, lo que a decir verdad pertenece al pasado. Actualmente el punto de partida es la realidad histórica, psicológica o el de las ciencias naturales, pero no la teología. Desde estas dos perspectivas vale preguntar hasta qué punto es aún vigente para la fundamentación de los derechos humanos el mensaje cristiano y el espíritu con que éste fue recibido en toda la Edad Media.

Tercero, la filosofía medieval comenzó la tarea de reconciliar la fe con la razón, la religión con la filosofía, el mito con el logos (casi como un intento de comprender lo incomprensible).[172] Si se acepta que hay una verdad revelada, ésta adquiere de facto una importancia mayor a cualquier otro saber. Entonces, la filosofía cristiana no fue y no puede ser para un creyente un tipo de filosofar entre muchos; es, antes bien, la única forma de filosofar, porque la "verdad" es que Dios se ha hecho hombre para habitar entre los hombres. Por tanto, hoy, el problema no reside en encontrar una armonía entre saber del mundo y verdades teológicas: ¡no!, más bien es una discu-

168 Pieper, Josef, *op. cit.*, p. 97.
169 *Ibidem*, p. 99.
170 *Ibidem*, p. 103.
171 *Ibidem*, p. 104.
172 *Ibidem*, p. 110.

sión sobre la pertinencia de ser o no cristiano. Frente a esto, el mismo Josef Pieper, filósofo católico, concluye que el valor o la actualidad del espíritu cristiano y de la filosofía medieval es entender "arqueológicamente" (a la manera de Foucault) el fenómeno humano; así, sí seguirá siendo relevante comprender la relación entre fe y razón. Esta tarea no ha perdido sentido para Pieper, pero la respuesta que se dé hoy deberá diferir de la medieval por razón necesaria de la historia y será insuficiente para fundamentar los derechos humanos universales y laicos.

VII. La cultura de los derechos humanos en la Edad Moderna

Curiosamente, en el inicio de la era Moderna, el estoicismo antiguo no se olvidó, sino por el contrario, adquirió nueva vida. En esto tuvo una función muy importante la concepción de la naturaleza racional de los hombres, así como la doctrina de las obligaciones, brindando nuevo hálito al derecho natural en el humanismo de fines del siglo XVI. Especialmente del ámbito religioso del protestantismo y calvinismo surgieron muchos pensadores de los derechos humanos, como el holandés Hugo Grocio o el alemán Juan Altusio o los ingleses Thomas Hobbes y John Locke o incluso el francés Jean Jacques Rousseau.

También tuvo lugar un cambio en el acervo de las ideas: los derechos políticos a la participación en el poder y la administración pública cobraron significación, y para ello se necesitó un nuevo fundamento teórico: la doctrina del contrato social. El derecho natural se alejó, debido a las distintas corrientes secularizadoras, de sus raíces cristianas, y tomó su fundamento principalmente en la razón humana y no más en la ley divina. El interés de los individuos ganó preponderancia como fin de la organización social, de tal forma que el Estado tenía como encomienda principal no tanto fomentar la felicidad, sino tan sólo su conservación en paz y tranquilidad.

Se pueden distinguir dos formas de contrato social: en la primera, se parte de un estado natural indeseable que se desea corregir con la firma de un contrato de gobierno civil. En el segundo, los hombres gozan en estado natural de libertad e igualdad; por ello, los firmantes del contrato desean preservar sus derechos naturales. En ambos casos, los integrantes de la nueva sociedad civil entregan al gobernante el poder para gobernar y se comprometen a obedecer, estableciendo así un conjunto de obligaciones mutuas. Un representante de la primera forma de contrato social fue el inglés Thomas Hobbes y un representante de la segunda fue su coterráneo John

Locke, quien fue el primero en definir la triada de los derechos humanos: derecho a la vida, al trabajo y a la propiedad. Estos son derechos humanos porque se adquieren con el nacimiento y se fundan en el estado natural de los hombres. Para preservarlos, los hombres deben vivir en comunidad; por ello, la finalidad única de la sociedad es preservar esos derechos y el orden judicial que los posibilita.

En Inglaterra,[173] y otras regiones de Europa, lucharon las clases nobles con el fin de contener las arbitrariedades del soberano. Ya en el Estado absolutista se continuó limitando más y más los privilegios del rey; sin embargo, en su prolongada agonía, se apropió de todos los espacios que pudo de la vida pública. El monarca resultó el único representante de la comunidad, arrebatando muchas veces el poder a los nobles e impidiendo la emancipación de la creciente burguesía. El resultado fue una lucha cada vez más encarnizada entre gobierno y gobernados, tanto en el orden real como en el de las ideas, que confirió su impronta a los tiempos de la era moderna.

En el siglo XVII fueron colocadas otras dos piedras fundamentales de los derechos humanos. Cuando Carlos I,[174] rey de Inglaterra de 1600 a 1649, pretendió asegurarse la soberanía sólo para sí mediante el cobro de impuestos; la Casa de los Comunes se opuso y en 1627 presentó una petición de derechos que contenía una serie de garantías para la protección de la persona y la propiedad. Debido a la presión, el rey tuvo que aceptar y tolerar que el parlamento detentara en el futuro el poder de aprobar o quitar impuestos. De la misma forma se estableció por escrito la libertad de los ciudadanos, la inviolabilidad de la propiedad privada y, en el caso de apresamiento, la obligación de presentar el motivo y disfrutar de un juicio rápido.

El *habeas corpus* del acta de 1679 fortaleció esos derechos y los extendió a los habitantes de las colonias. Diez años más tarde, en 1689, se dio un paso más con la carta o declaración de los derechos (*Bill of Rights*), una vez terminada la Revolución gloriosa de Guillermo de Orange. En ella se puso por primera vez por escrito los derechos del parlamento inglés, con lo cual se limitaba el poder del rey y se establecía el fundamento del Estado parlamentario. Los derechos conquistados consistían en poder crear o eliminar impuestos junto con el rey, decidir sobre la manutención de éste y del ejército con fondos nacionales, contar con libertad de elección, reunión y expresión parlamentaria. Todo esto fue posible después de la expulsión de los católicos partidarios de los Estuardo (Carlos II y Jacobo II de Inglaterra y VII de Escocia).

173 Schöder, Hans-Christoph, *Englische Geschichte*, München, C. H. Beck, 1997, pp. 28-37.
174 *Ibidem*, p. 51.

VIII. La cultura de los derechos humanos allende Europa

El siguiente avance en la declaración de los derechos humanos tuvo lugar en suelo americano. En Norteamérica[175] aparecieron los derechos con una intención táctica y programática, como medio de lucha y justificación de la guerra de independencia. También sirvieron para darle una finalidad moral a la nueva forma política de Estado.

La guerra de independencia adujo tanto razones económicas como políticas: primero, el comercio de los americanos hacia India fue prohibido por los ingleses. Esto ocasionó el surgimiento del tráfico ilegal de mercancías y la respuesta de las autoridades inglesas con allanamientos a propiedad privada y prisiones preventivas. Los colonos americanos interpretaron esto como una violación del acta de *habeas corpus* de 1679. A esto se sumó el aumento de la carga impositiva que tuvo una reacción política por parte de los colonos: *No taxation without representation* (no gravación sin representación).

Además, los inmigrantes americanos experimentaron en la fundación de sus colonias, una situación semejante a la descrita en el *Estado natural*, porque la convivencia de los asentamientos descansaba en contratos sociales acordados por todos los integrantes. Esa experiencia fortaleció la fe en las teorías del contrato social y su justificación del poder político, por lo cual sus lineamientos principales aparecieron sostenidos en la *Declaración de derechos* de Virginia del 12 de junio de 1776. Esto se ve claramente desde el primer artículo:

> Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad.[176]

La misma formulación aparece nuevamente en la declaración de independencia del 4 de julio de 1776, allí se dice: "Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad".[177]

---

[175] Dippel, Horst, *Geschichte der USA*, München, C. H. Beck, 1996, pp. 7-18.

[176] Declaración de Derechos de Virginia en Amnistía Internacional, *http://www.amnistia-catalunya.org/edu/docs/e-hist-Virginia.html.*

[177] *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2698/22.pdf.*

IX. La cultura de los derechos humanos en la Revolución francesa

Dentro del desarrollo francés de los derechos humanos fue especialmente importante el pensamiento del barón de Montesquieu referente a la división de poderes; porque si la protección de las garantías individuales tiene lugar sobre todo frente al poder del Estado, la división de poderes controlaría el abuso de poder por parte del gobernante.

Otro aspecto importante fue la exposición del estado natural y voluntad general de Jean-Jacques Rousseau, porque dejaba claro quién constituye el poder soberano en una sociedad republicana y cómo es la naturaleza humana para desde allí considerar al individuo inocente y a las estructuras sociales perversas, cuando éstas no respetan la igualdad de los hombres y someten unos al beneficio de otros.

Por el lado económico, las ideas de los fisiócratas, entre todos Mirabeau, propusieron la acción libre del hombre en la economía como fundamento de su desarrollo (del individuo y la economía). De las ideas de los fisiócratas se derivaban derechos como elección libre del oficio, derecho al trabajo, generosidad y educación, etcétera.

Ideas como éstas impulsaron las protestas de la grey francesa y exigieron que fuera erigida una sociedad política para la declaración y conservación de los derechos.[178] Para ello era necesario que éstos fueran previamente puestos por escrito. En la asamblea nacional hubo confrontaciones muy serias entre los 1200 diputados. No obstante, fue posible después de 8 días de discusión, redactar la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano el 26 de agosto de 1789.

Esta declaración logró convencer a la mayor parte del pueblo (por lo menos al tercer estado). Y de la misma forma que en la declaración de independencia de los EE. UU., aquí también sonó la misma voz:

> Artículo 1o. Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común.
>
> Artículo 2o. La meta de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.[179]

---

178 Hartmann, Peter C., *Geschichte Frankreichs*, München, C. H. Beck, 1999, pp. 37-52.

179 Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano, 1789, *http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf.*

Más adelante fue agregada la libertad de opinión e imprenta. Esta declaración tuvo históricamente la mayor repercusión en toda Europa. El súbdito sin privilegios sería considerado de ahora en adelante ciudadano libre, y en el nuevo régimen constitucional podría desarrollarse como tal. Ese nuevo régimen sería erigido para la protección de la vida, entendida como derecho a la propiedad privada; por ello, sería un producto de la cultura burguesa.

X. La cultura de los derechos humanos en el siglo XIX

En la revolución de 1848, conocida como la "primavera de los pueblos",[180] se buscó ampliar el Código Civil napoleónico agregando los derechos fundamentales. En las discusiones llevadas a cabo se tocaron temas como la obligación de educación estatal, protección de minorías sociales, inviolabilidad de la propiedad privada y temas sociales como la protección de los desposeídos y protección de los trabajadores. Si bien, al final fracasó la revolución del 48, después retornaron los ideales de la revolución y se materializaron en las constituciones de las distintas regiones europeas.

La realización de los derechos de libertad y protección se debieron a los movimientos liberales obreros, porque la Revolución Industrial creó en el siglo XIX una situación insoportable para la clase trabajadora. De allí nacieron sus demandas de protección dentro del sistema de producción capitalista, circunscritas a la participación en las elecciones y en el servicio de beneficencia pública.

La insuficiencia de las mismas fue revelada por los estudios de Karl Marx y Friedrich Engels. Ellos veían en el orden capitalista una imposibilidad de origen para hacer efectiva la igualdad de todos los hombres, porque el sistema burgués estaba diseñado para favorecer a la clase en el poder y para utilizar todas las herramientas del Estado en la conservación de sus privilegios. La solución única y efectiva era abolir la propiedad privada, piedra angular del Nuevo Régimen capitalista. Ello solamente era posible con la participación de todos los desheredados mediante una revolución armada. Previamente era necesario despertar las conciencias de los oprimidos.

El acento en la conciencia colectiva inicia la época del pensamiento social y de los derechos fundamentales de todos los hombres. Pero no sería hasta entrado el siglo XX que se plantearía un estado social de derecho.

[180] Hein, Dieter, *Die Revolutin von 1848-49,* München, C.H. Beck, 1998, pp. 11-54.

XI. La cultura de los derechos humanos en el siglo XX

En el siglo XX fue fundada la Organización de las Naciones Unidas (ONU) como respuesta a los crímenes del fascismo y nacionalsocialismo. La finalidad era defender los derechos fundamentales de los hombres, como la dignidad y el valor de la persona humana, igualdad de derechos entre hombre y mujer, así como entre las naciones. La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue firmada el 10 de diciembre de 1948 con la abstención de los países del bloque socialista. Ésta contenía 30 artículos, entre los que tienen mayor significado el primero, porque afirma que todos los hombres son nacidos iguales en dignidad y derechos, dotados con razón y conciencia moral y deben convivir en espíritu y fraternidad.

La declaración también contiene exigencias legales como el derecho a la vida, a la libertad y seguridad, a la ciudadanía y al trabajo. Estos artículos valen para todos los hombres, como afirma el artículo 2o., independientemente de la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, las convicciones políticas o de cualquier otro tipo; la procedencia nacional o social, la riqueza, nacimiento o cualquier otro estatus.

Durante la negociación de la carta hubo fuertes controversias entre los países del Este y Oeste en cuestiones de su fundamento, conceptualización (como la definición clásica de la libertad convertida en atributo individual) o la relevancia del contexto social y económico para su cumplimentación. Esas controversias han continuado hasta hoy, sólo que ahora se mueven en el contexto de las diferencias de tradiciones y costumbres de las naciones y no de las diferencias ideológicas propias de la Guerra Fría.

Debido a la diferencia cultural y el desarrollo económico de las naciones llega a haber tensiones mundiales. ¿Por qué debería India ser una defensora de los derechos humanos, cuando la religión nacional enseña que los seres humanos son diferentes y, por ello, están divididos en castas que no deben ser anuladas por arbitrio humano? Las dificultades para aceptar los derechos humanos universales se manifiestan en cada una de las dos reuniones de la ONU, como en 1966 durante la Convención Internacional sobre Derechos Culturales, Sociales y Económicos o la Convención sobre Derechos Políticos y Civiles, donde solamente firmaron 35 estados.

En los años setenta tuvieron lugar otras convenciones, pero lo que hasta hoy falta es un tipo de comisario observador y garante de los derechos mundiales. En la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Humana, que entró en vigor en 1953, fue colocada por vez pri-

mera la protección a la nacionalidad como derecho y libertad fundamental. Esta convención afirma en su primer artículo la Obligación de respetar los derechos humanos: "Las Altas Partes contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio".[181]

Solamente la Unión Europea ha creado en Estrasburgo una comisión de los derechos humanos y una Corte Europea para asegurar el cumplimiento de los derechos.

XII. Reflexión final

En estos nuevos tiempos que comienzan con el arranque del siglo XXI, en donde hay que combatir el terror internacional, se ve un gran peligro para los derechos humanos y civiles. Las medidas de seguridad adoptadas con motivo de los atentados de principios del siglo (11/09/2001), han concedido a los servicios de inteligencia (servicios secretos) facultades excesivas. Cuentan con la facultad de investigar cuentas de bancos, correos electrónicos, bitácoras de vuelos, etcétera, y lo pueden hacer sin una orden judicial o consultar con una fiscalía indispensable para cualquier investigación.

Por ello, se puede decir que el Estado de derecho involuciona y considera a cada ciudadano como un potencial agresor. La situación actual exige que cada cual tenga que ser investigado para que no haya duda sobre su inocencia. Antes de los atentados y de la declaración de las medidas de seguridad esto hubiera sido impensable.

En los países promotores de los derechos humanos, como los EE. UU., se gestan limitaciones y violaciones que nos devuelven a los tiempos de los Estados totalitarios, por ejemplo: extranjeros pueden ser hechos prisioneros por tiempo indefinido sin la necesidad de presentar los motivos de su detención (como en la prisión de Guantánamo). Esto es una violación del artículo 9 de la Declaración de los Derechos Humanos, en donde se dice que nadie puede ser hecho prisionero, mantenido en prisión o expulsado del país, sin una justificación judicial.

Otras violaciones están presentes en las medidas de seguridad que refuerzan las fronteras y expulsan a los refugiados sin investigación previa suficiente. También hoy es posible expulsar a extranjeros a sus países de origen en donde han sido condenados a muerte. En todos estos casos, documenta-

[181] Convenio Europeo de Derechos Humanos, *http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.*

dos en lo que va del siglo XXI, se evidencia un retroceso en lo alcanzado con la promulgación de los derechos humanos, y lo peor es que no existe ninguna posible defensa, como sí la hubo en la promulgación de la ley de Estado de emergencia (o excepción) (DEE) en los años sesenta del siglo pasado, la cual otorgaba poderes extra-constitucionales al gobernante, como confiscar propiedades, organizar y controlar los medios de producción, confiscar materiales, asignar fuerzas militares en el exterior, instituir la ley marcial, confiscar y controlar todo el transporte y las comunicaciones, regular el funcionamiento de la empresa privada, restringir los viajes, etcétera.

EL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO Y LOS DERECHOS

IDENTIDAD Y CONSTITUCIONALISMO. REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL Y SU VIGENCIA

Francisco IBARRA PALAFOX*

¿Cuál es la relación entre mexicanidad y constitucionalismo? ¿Es posible relación semejante? Ésta es evidente para unos, obscura para otros. Para algunos políticos y empresarios la relación es necesaria ante la urgencia de proporcionar a la población de una mínima cultura constitucional que promueva un cumplimiento de las normas de convivencia social. Sin embargo, con frecuencia este objetivo es rechazado por vastos segmentos de la población cuando esas élites se benefician, no rara vez, del incumplimiento de las normas constitucionales.

En contraste, para otros esta relación no es evidente; a esta conclusión llegan después de observar el desconocimiento de las normas por muchos mexicanos y sus autoridades. Cuando la gran mayoría de la población desconoce su Constitución y muchos de sus gobernantes la ignoran o la modifican cuando les estorba, no parece posible que la mexicanidad posea relación alguna con el constitucionalismo. Asimismo, esta relación tampoco es evidente para quienes las constituciones son simplemente copia de textos constitucionales extranjeros, tesis compartida por algunos intelectuales que ignoran la existencia de un constitucionalismo mexicano.

Con frecuencia en México apelar al cumplimiento de las normas y a su Constitución posee algo de idealista o utópico. Expresiones coloquiales como "el que no transa no avanza" o "en el año de Hidalgo mal el que deje algo", demuestran esta falta de afinidad con el cumplimiento mínimo de las reglas. Más grave aún, en la elección de 2012, esta carencia de legalidad se expresó en el denominado "voto de la corrupción", resumido en oraciones tan cínicas como "votaré por este partido político porque, aunque roba, también deja robar". Ante semejantes expresiones ¿debemos darnos por vencidos y aceptar el triunfo cultural de la corrupción? ¿Debemos claudi-

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

car? Sinceramente, no lo creo; aunque una cultura de la ilegalidad existe, ninguna asociación posee la identidad nacional, la cual sí se identifica con una mínima constitucionalidad.

Antropológicamente, la nación y las identidades nacionales son construcciones humanas diseñadas para proporcionar a una población determinada una cultura común que facilite la cohesión y la vida social; dentro de esta cultura, las normas, las constitucionales particularmente, ocupan un lugar destacado. De esta manera, cualquier Estado elabora y promueve sus propias constituciones como parte de su proyecto nacional; las culturas nacionales no son productos de generación espontánea, por el contrario, son instrumentos simbólicos cuidadosamente elaborados para proporcionar un mínimo de unidad de acción y convivencia entre las personas de cualquier Estado-nación.[1]

Sin ignorar la existencia de espacios territoriales donde la cultura constitucional es muy precaria, decir que México carece absolutamente de ésta es imposible; de ser cierto, el Estado nacional mexicano nunca hubiera existido. La historia y la cultura mexicanas demuestran que en el origen de la construcción identitaria existió un proyecto por integrar a sus constituciones a la identidad nacional, el cual rindió frutos no obstante sus tensiones internas. Aunque muchas veces no se realizó plenamente, es necesario reconocer las contribuciones del constitucionalismo mexicano al "imaginario nacional"; éste dejó su impronta en ese difícil proyecto identitario.

Si las constituciones hubieran fracasado completamente como sostienen algunos, el Estado mexicano hubiera colapsado desde el siglo XIX. Son exageradas las afirmaciones de Octavio Paz, quien en el *Laberinto de la soledad* sostiene que la

> ideología liberal y democrática, lejos de expresar nuestra situación histórica concreta, la ocultaba. La mentira política se instaló en nuestros pueblos casi constitucionalmente. El daño moral ha sido incalculable y alcanza zonas muy profundas de nuestro ser. Nos movemos en la mentira con naturalidad.[2]

Semejantes afirmaciones son desproporcionadas, también existen logros significativos en los cuales ese proyecto constitucional influyó de manera contundente, como lo demuestra la Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional de 2011: respecto al Estado laico, 58.2% de los mexicanos está en desacuerdo o muy en desacuerdo con que los sacerdotes hablen de

---

[1] Gellner, Ernest, *Nations and Nationalism,* Blackwell Publishers, 1983. Hay traducción al español, *Naciones y Nacionalismo,* México, Alianza Editorial-Conaculta, 1991.

[2] Paz, Octavio, *El laberinto de la soledad,* México, FCE, 1986, pp. 110 y 111.

política, sólo 18.8% de los mexicanos estaría de acuerdo; más drástico aún, 46.6% de los mexicanos dice que para tomar las decisiones importantes de su vida en nada se guía por las recomendaciones de los sacerdotes, 41.7% dice que un poco y sólo 6.7% dice que le influyen mucho; respecto a la legalidad, 49.5% señala que cumple con las leyes porque beneficia a todos, 25.3% porque es un deber moral, y sólo 9.7 para evitar castigos, es decir, la mayor parte de los encuestados cumple con las leyes por convicción y no por temor a la sanción; asimismo, sólo 18.6% de los encuestados quisiera una nueva Constitución mientras 50.1% prefiere modificarla sólo en parte.[3]

Aun cuando el constitucionalismo no tuvo el mismo éxito en todas las áreas, por ejemplo, en la construcción de un Estado plenamente democrático y justo socialmente, los anteriores son algunos ejemplos de cómo encontró una realidad moldeable y receptiva para la construcción de un Estado laico y consciente de la necesidad de cumplir con las normas.

Asimismo, los logros del constitucionalismo en la construcción de una nueva cultura política se prueban realizando un breve repaso a la historia constitucional del siglo XIX. En principio, el contenido ideológico de las constituciones decimonónicas reflejaba las contradicciones de dos proyectos de Estado-nación opuestos entre sí y generadores de una prolongada guerra civil. Por un lado se encontraban los liberales con sus dos principales textos, el de 1824 y el de 1857, mientras los conservadores expondrían sus mejores logros en las leyes constitucionales de 1836; desde luego, se debe resaltar la carta de derechos contenida en la Constitución de Apatzingán expedida en 1814, la primera del México independiente y poseedora de la más importante carta de derechos de la persona hasta la consolidación de la Constitución de 1857.

Aunque con frecuencia los historiadores exhibieron este escenario como una lucha bipolar entre conservadores y liberales, al final, muchos conservadores tenían algo de liberales y éstos algo de conservadores; además, todos ellos convivían en una sociedad hegemónicamente católica en sus valores familiares, donde las minorías religiosas aún no eran reconocidas. Los conservadores, por ejemplo, en el texto constitucional de 1836 establecieron una carta de derechos básicos, pero reconocieron una religión de Estado; en contraste, Benito Juárez y Porfirio Díaz gobernaron bajo el credo liberal y una amplia carta de derechos fundamentales, pero operarían como presi-

3 *Segunda Encuesta Nacional sobre Cultura de la Legalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, Sección Resultados del Estudio, Numerales 6 (Estado de derecho y respeto a la ley) y 9 (Estado laico), México, 2011, disponible en la siguiente dirección electrónica conforme a la consulta realizada el 2 de noviembre de 2015: *http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/resultados.htm.*

dentes casi omnipotentes; Juárez basado en facultades extraordinarias durante el periodo de la guerra civil y de la invasión francesa, y Díaz mediante la construcción de una "dictadura liberal"; históricamente, ambos presidentes liberales son precursores del presidencialismo centralista del siglo XX.

Entre liberales y conservadores existían temas que los oponían en su idea de nación; los conservadores eran hispanistas, centralistas, monárquicos, católicos y protectores de los indios, sólo por mencionar alguna de sus características principales; por el contrario, los liberales ponían sus ojos en la Revolución francesa y en la Constitución estadounidense, eran federalistas, parlamentarista, anticlericales y deseaban afectar las tierras de los pueblos indígenas. Finalmente, los liberales ganarían la guerra y se proclamarían, a partir de la derrota de los franceses (1867), como los verdaderos forjadores de la nación mexicana.

Así, comenzaron a construir una historia nacional que colocaba al texto de 1857 como paradigma constitucional; no podía ser de otra manera, triunfaron en una guerra desgarradora y a ellos correspondía, por primera vez, separar definitivamente al Estado de la Iglesia y consolidar la institución estatal desde la ruptura del orden colonial español. Para la generación triunfante encabezada por Juárez y sus seguidores, la mexicanidad estaría asociada al liberalismo y a la Constitución de 1857: el suyo era un liberalismo revolucionario poseedor de signos de radicalidad criticados por quienes perdieron la batalla: la iglesia y los descendientes ideológicos de los conservadores. No obstante esta oposición, la construcción de la identidad *nación-Constitución del 57-liberalismo* comenzaba a sentar raíces.

En sus inicios, esta primaria asociación entre mexicanidad y constitucionalismo era sobre todo un proyecto. Aunque en la teoría los liberales lucharon por la instauración de un régimen federal y de libertades, al final terminaron construyendo un estado centralista con Porfirio Díaz, donde no existía libertad política y la desigualdad social se extendió conforme se sucedían sus reelecciones. Esto lo hicieron por necesidad y conveniencia: el país era aún una vasta extensión ingobernada necesitada de un poder central que estableciera reglas mínimas; al mismo tiempo, se construyó una nueva generación de hacendados insertados en una de las etapas de mayor expansión capitalista y colonial de Occidente, la cual llegó a su fin con la Primera Guerra Mundial.

Aunque la retórica liberal era nacionalista, al final terminarían dependiendo enormemente del capital anglo-estadounidense; aunque desamortizaron los bienes de la iglesia, durante la *pax porfiriana* restablecerían sus relaciones con la jerarquía eclesiástica para instaurar una alianza cómplice en el gobierno de una vasta población iletrada y católica. Sin embargo, parale-

lamente establecerían y consolidarían el registro civil para acentuar el poder laico sobre la iglesia, regulando el nacimiento, el matrimonio y la defunción de las personas; crearon la Dirección General de Estadística, reformaron el bachillerato con base en la orientación científica de la época, reabrieron la Universidad Nacional y elaboraron los primeros códigos de comercio, por citar sólo algunos logros.

En fin, la construcción del liberalismo nacional o del liberalismo mexicano pasaba por la aceptación de estas contradicciones. Desde luego, era una identidad repleta de paradojas, pero ¿qué identidad nacional en el mundo no lo es? Los estadounidenses justificaron su independencia como defensa de las libertades fundamentales, pero en sus orígenes constitucionales eran un Estado esclavista y en la actualidad no han suscrito casi ningún documento internacional en materia de derechos humanos. Estados europeos como Francia, España o Reino Unido se enorgullecen de su legado liberal, pero sus minorías etno-culturales son discriminadas y excluidas del acceso a los derechos esenciales; los franceses incluso rinden homenaje nacional a su pasado bonapartista, no sólo reformista sino también monárquico y militar.

Imposible formular en este ensayo un repaso de las contradicciones existentes en las identidades nacionales de otros países, ejemplos como los anteriores existen muchos. Sólo deseo subrayar que por primera vez en la historia mexicana, los liberales consiguieron incorporar una Constitución en el imaginario nacional. Seguramente, esta construcción identitaria no dejaba satisfechos a todos, pero era la primera otorgada a ese naciente Estado nacional. Así, se podía ser católico, pero al mismo tiempo se debía respetar la Constitución de 1857; se podía ser liberal y federalista, pero se debía alabar a don Porfirio; se bautizaba a los niños, pero también era necesario obtener el acta de nacimiento correspondiente, la primera expedida apenas en 1861. Simulación dirán algunos, proyecto irrealizable pregonarán otros, pero al final realidad y proyecto se unían y el sincretismo identitario era su fiel reflejo. Al respecto, se debe resaltar que las identidades y las culturas nacionales nunca han sido ni serán entidades congruentes teóricamente porque son amalgamas producto de la realidad experimentada por la población frente al conjunto de sus aspiraciones étnicas, históricas y culturales; al interior de estas construcciones las constituciones ocupan, sin lugar a dudas, un espacio importante.

Por primera vez desde la Colonia, en la identidad mexicana se insertaba a la Constitución de 57 como un acuerdo para la estabilidad y la convivencia. Este pacto no llegaría a su fin ni con la insurrección de Madero ni con la renuncia de Porfirio Díaz a la presidencia. Madero se levantó en armas abogando la defensa de la Constitución de 1857 y fue electo presidente con

base en esta Constitución; nadie en su sano juicio durante esta primera etapa de la Revolución mexicana desconocería a la Constitución de 1857, tal era su peso e influencia en la definición de la identidad política mexicana. Todos los opositores de Díaz alegaron la defensa del texto constitucional de 57, desde Flores Magón pasando por Madero y llegando a Carranza; sin excepción, todos se consideraban liberales y herederos de 57.

Este pacto se rompió definitivamente con el asesinato de Madero orquestado por el general Victoriano Huerta y el gobierno de los Estados Unidos. Aunque mexicanidad y Constitución de 1857 implicaban un pacto contradictorio, éste no llegaba el extremo de ignorar el asesinato del presidente legítimamente electo; las contradicciones tenían un límite implícito resquebrajado cuando Madero fue victimado por una infame alianza de un segmento del ejército porfirista con una potencia extranjera. Sin este límite, la guerra civil estalló para el restablecimiento del orden constitucional; así, la Constitución de 1857 sentaría las bases para el levantamiento armado de Carranza, quien dicho sea de paso, fue el único gobernador opositor al cuartelazo militar y a la intervención estadounidense. Por esta razón Carranza denominó a su ejército "constitucionalista", el cual derrotó a Huerta. El gran acierto de Carranza fue oponerse a los golpistas abanderando la Constitución de 1857; nuevamente, la constitución en el centro del debate.

La guerra civil y sus consecuencias serían tan profundas que obligaron a Carranza y a una nueva generación de políticos a reunirse en Querétaro y reformar la Constitución de 1857, justo en el momento en que las tropas estadounidenses invadían México bajo el pretexto de castigar a Villa por su invasión a Columbus.

El decreto de promulgación de la Constitución de 1917 decía que reformaba a la de 1857, formalmente nunca la derogó o sustituyó. Como las identidades nacionales no son construcciones de un día, ni siquiera de algunos años, la Constitución de 57 no sería ignorada y el fin del levantamiento armado permitía restaurar su vigencia. Esto lo sabían Carranza y los constitucionalistas de Querétaro, así que se sólo decidieron reformarla.

Sin embargo, algunas de las modificaciones a la Constitución del 57 eran tan significativas, sobre todo en materia social, patrimonial y religiosa, que estábamos frente a un nuevo pacto político en áreas estratégicas. Aun cuando la Constitución de 1917 no era completamente nueva al heredar el legado fundamental de la de 57 y formalmente sólo reformarla, los triunfadores de la guerra se empeñaron en nombrarla la Constitución de 1917 (sin mencionar a la de 57) y a la guerra civil como Revolución Mexicana (con mayúsculas) para legitimar su expedición. Ni la Constitución era completamente nueva, ni la revuelta social era Revolución, pues ésta fue una

atroz guerra civil originada en la necesidad de restablecer la vigencia de la Constitución de 1857 y continuar con el modelo capitalista de desarrollo en condiciones de menor desigualdad social.

Nueva paradoja de la generación triunfante de la Revolución, ahora tenían una Constitución impulsora de los derechos liberales clásicos y de los recién reconocidos derechos sociales. Así, aparecieron numerosos debates sobre la forma cómo los derechos sociales contradecían el "sacrosanto" derecho a la propiedad privada; sin embargo, los derechos sociales demostraron su compatibilidad y eran una demanda mundial ante los últimos avances del modelo capitalista. De esta forma, acontecía un logro formidable del movimiento revolucionario: por primera vez en la historia constitucional de occidente se reconocían los derechos sociales en un texto de esta jerarquía; los mexicanos aportaban al mundo la primera Constitución social.

Este hecho sería ampliamente explotado por los gobiernos posrevolucionarios, desde Obregón, Calles, Cárdenas y hasta el final del milagro mexicano en la década de los setenta. Nuevamente, relación paradójica porque al mismo tiempo que el nuevo pacto permitía a la clase política emanada de la Revolución legitimarse en el poder, erigir un presidencialismo ilimitado y favorecer a una nueva clase empresarial, también abatía el rezago social aunque no atacaba a fondo la pobreza: entre 1940-1980 el país alcanzó una tasa de crecimiento promedio de 6.3% (incluso alcanzó 10% en 1954 y 11.69% en 1964);[4] este desarrollo no tenía comparación en la historia del México independiente.

Había un nuevo pacto de estabilidad y crecimiento: se fundaron el IMSS, el INAH y el INBA, bancos de desarrollo, se impulsó la educación pública y privada. México adquirió una política internacional reconocida en los foros correspondientes, promoviendo los derechos sociales y reduciendo la presencia del ejército en la vida política del país. A lo largo de todo este proceso, el paradigma protector era la Constitución de 1917, emanada de la Revolución y heredera de la de 1857.

Este pacto identitario implicaba, nuevamente, contradicciones evidentes: la Constitución consagraba los principios de democracia, pero la clase política emanada de la Revolución ignoraba con frecuencia a sus opositores y a segmentos importantes de la población; consolidaba un régimen presidencial autoritario basado en amplias facultades meta-constitucionales como las denominó Jorge Carpizo;[5] se decía federal, pero era centralista, siendo el presidente quien elegía a los gobernadores de los estados; se es-

[4] Datos del INEGI y Banxico en Basáñez, Miguel, *20 años de crisis en México*, México, Siglo XXI, 1990, p. 158.

[5] Carpizo, Jorge, *El presidencialismo mexicano*, México, Siglo XXI, 1987.

tablecía la división de poderes, pero el Ejecutivo palomeaba las listas de diputados y senadores, e incluso disponía quiénes serían los ministros de la Suprema Corte de Justicia; reducía la desigualdad social, pero mantenía las causas estructurales de la misma; a los empresarios aliados los benefició con importantes obras y servicios públicos concesionados, fomentando una clase empresarial al amparo gubernamental.

Paulatinamente, los herederos de la Revolución ponían en marcha un discurso legalista vacío para beneficiar sólo a la "gran familia revolucionaria", en detrimento de la propia Constitución y de la creciente diversidad política y cultural del país; la Constitución no se cumplía a cabalidad y se reformaba a placer del presidente en turno, quien dominaba al poder Legislativo y al Judicial por medio del PRI.

El pacto revolucionario cuyo vértice era la Constitución de 1917 llegaría a su fin con dos crisis, una económica y otra política. La primera tendría sus epicentros en 1976 y en 1982 cuando el modelo de desarrollo colapsó por el excesivo endeudamiento; se acababa la fiesta y los mexicanos reconocían que la Constitución incumplía a la mayoría. La segunda crisis era política y provenía de la hegemonía del PRI sobre los otros partidos y las instituciones estatales; se reflejaría en la exclusión de otros partidos políticos de los principales puestos de representación popular, en la protesta estudiantil de 1968 y en la sombra del fraude electoral de 1988.

A finales de los ochenta, una tecnocracia política agrupada en torno a Salinas impuso un proyecto nacional con el propósito de derrotar la crisis y reconstruir, a su manera, algunas de las claves de la identidad nacional: ya no seríamos nacionalistas sino globalizados, ya no propiciaríamos el mercado interno sino la integración comercial; se fomentaría la concentración de la riqueza para conformar multinacionales mexicanas, mientras los salarios se reducirían; seríamos menos antiestadounidenses, menos latinoamericanistas, menos indigenistas; la lucha contra la desigualdad social no sería objetivo prioritario, en cambio, se favorecería la acumulación de una nueva clase empresarial controladora de amplios monopolios, muchos de ellos producto de las privatizaciones.

Se toleraría la injerencia de la iglesia católica en la política e incluso se fomentaría; se aceptaría a los poderosos agentes privados en detrimento de la autonomía de la clase política; seríamos menos nacionalistas y más identitarios, ya no hablaríamos de la nación mexicana sino de diversas identidades mucho más fáciles de ignorar por su fragmentación (la identidad de la frontera, la identidad lésbico-gay, la identidad trans, la identidad de las minorías religiosas y un largo etcétera); las libertades se subrayarían, sobre todo si se trataba de la libertad de consumo; la educación pública se opon-

dría a la educación privada como si ambas no fueran necesarias en un país con insuficiente cobertura educativa; se respetaría a las mafias sindicales a cambio de su apoyo; se desinvertiría en el sector de la salud y se impulsarían políticas asistencialistas lo suficientemente fuertes para cooptar el voto y mantener a muchos en la pobreza (esto serían los programas de *Solidaridad* con Salinas y *Oportunidades* con el panismo). Lo más grave, se negaría el legado social de la Constitución de 1917 frente al estado neoliberal construido por esta nueva tecnocracia. Consecuencia inevitable de este nuevo pacto construido por las privilegiadas élites serían una mayor desigualdad y una creciente inseguridad.

Este acuerdo inició con Miguel de la Madrid, se consolidó con Carlos Salinas y continuó con sus variantes por Zedillo, Fox, Calderón y Peña Nieto. Durante estos gobiernos no sólo se reformó la Constitución excesivamente sino además se planteó la posibilidad de una Nueva Constitución (así, con mayúsculas). Esta idea incubada durante la década de los noventa para facilitar la alternancia política, justo cuando el pacto neoliberal se definía, se acentuó con la llegada del panismo de Vicente Fox a la presidencia; incluso, a partir de la ola de violencia e inseguridad desatada durante el gobierno de Calderón, adquirió una nueva carta de presentación al no ser pocos quienes exigían una nueva Constitución para restablecer la estabilidad perdida; como si los textos constitucionales fueran armisticios para la paz con los grupos del crimen organizado. Sin embargo, durante estos gobiernos la Constitución de 17 experimentó un proceso reformador que constituyó, en los hechos, un nuevo pacto constituyente establecido mediante la reforma constitucional (veáse tabla1).

Tabla 1
REFORMAS CONSTITUCIONALES POR PERÍODO DE GOBIERNO
(1921-10 DE JULIO DE 2015)

Presidente	*Periodo*	*Reformas*	*%*	*Decretos*	*Extensión (palabras)*	*Diferencia (palabras)*
Álvaro Obregón	1920-24	8	1.2	2		
Plutarco Elías Calles	1924-28	18	2.8	5		
Portes Gil / Ortiz / Rdz	1928-34	28	4.4	12		

Presidente	*Periodo*	*Reformas*	*%*	*Decretos*	*Extensión (palabras)*	*Diferencia (palabras)*
Lázaro Cárdenas	1934-40	15	2.3	10		
M. Ávila Camacho	1940-46	18	2.8	10		
Miguel Alemán	1946-52	20	3.1	13		
Adolfo Ruiz Cortines	1952-58	2	0.3	1		
A. López Mateos	1958-64	11	1.7	9		
Gustavo Díaz Ordaz	1964-70	19	3.0	8	27,638	
Luis Echeverría	1970-76	40	6.2	14	28,532	+864
J. López Portillo	1976-82	34	5.3	14	29,938	+1,406
Miguel de la Madrid	1982-88	66	10.3	19	34,916	+4,978
Salinas de Gortari	1988-94	55	8.6	15	36,856	+1,940
Ernesto Zedillo	1994-00	77	12.0	18	42,802	+5,946
Vicente Fox	2000-06	31	4.8	17	45,365	+2,653
Felipe Calderón	2006-12	110	17.2	38	54,815	+9,450
Enrique Peña Nieto	2012-15	90	14.0	20	66,073	+11,258
Total		642	100	225		

* FUENTE: Instituto de Investigaciones Jurídicas, "Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Estudio Introductorio" en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto reordenado y consolidado*, México, IIJ-Cámara de Diputados, 2015.

Si a lo anterior agregamos que este nuevo proyecto identitario era construido principalmente por tecnócratas, el lector detectará cómo para muchos de ellos la Constitución de 1917 no era importante, era un texto más,

ajustable a su proyecto. Para ellos el discurso constitucional y de la legalidad no era significativo, en consecuencia, no debería sorprender la impunidad y la creciente inseguridad durante el período neoliberal; para esta élite político-empresarial lo más importante era el dinero, no la justicia.

Siguiendo a Augusto Monterroso, cuando despertamos no sólo "el dinosaurio todavía estaba allí", sino además la Constitución de 17 casi desaparecía ante el pacto neoliberal. Más grave aún, se le asociaba con el autoritarismo político, con los peores vicios del corporativismo empresarial y sindical, y con la falta de crecimiento económico. Aunque sería un despropósito histórico y cultural asociar el texto constitucional de 17 con semejantes desperfectos, pues ni el corporativismo contaba con sustento constitucional, ni una Constitución sola impulsa a la economía, semejante idea permitía al nuevo pacto neoliberal modificar excesivamente el texto constitucional y sembrar su ideología; mientras tanto, la idea de una nueva Constitución ganaba adeptos.

El alegato de la nueva Constitución provocó una de las mayores confusiones experimentadas hasta la fecha; si antes poseíamos un texto orientador en la Constitución de 1917, ahora se caminaba a ciegas pensando en una nueva Constitución elaborada en la oficina de asesores del presidente en turno o en un inexistente nuevo Congreso Constituyente. Si antes se valoraba como una aportación mundial el haber elaborado la primera Constitución social, ahora este logro se ocultaba casi con vergüenza. Para qué exhibirlo se preguntaban algunos los políticos, si ahora México sería el nuevo paradigma del neoliberalismo en el mundo para los países en desarrollo: de la OCDE, México es el país más desregulado para los negocios y uno de los que menos impuestos recauda, el que más tratados de libre comercio posee —la gran mayoría de ellos deficitarios— y el campeón en concentración monopólica. Pasábamos de ser el país de un partido, al país de unas cuantas empresas; antes se hablaba de mexicanidad, ahora "todo México es territorio Telcel". Como señalé arriba, las identidades nacionales son producto de un largo proceso de construcción; sin ellas, los Estados y sus gobiernos sucumben ante el mejor preparado para tomar ventaja de la confusión.

Si bien la Constitución de 17 requería de reformas, también era necesario pensar en un pacto para su vigencia y su cumplimiento, lo cual se ignoró. Se debía ser prudentes, en su versión más riesgosa, el discurso de la reforma de la Constitución desembocaría en un alegato de derogación e instauración de una nueva Constitución; sin embargo, lo novedoso sería un pacto para su vigencia, para abatir la desigualdad, generar justicia y controlar a los monopolios.

Prueba de que el alegato de una nueva Constitución carece de sustancia es evidente cuando se inquiere sobre el contenido de la misma; frente a esta pregunta, casi todos enmudecen o se limitan a enumerar artículos de la Constitución vigente sin cumplir. ¿Quién la elaboraría? Reunir a un nuevo Congreso Constituyente es imposible ante la división de la clase política y su carencia de liderazgos legítimos; más grave aún, enfrentarían la competencia de los monopolios privados para dictar los contenidos culturales constitucionales, así, podríamos llegar a poseer una Constitución dominada por los intereses de los grandes monopolios nacionales y extranjeros. Entonces ¿por qué mejor no proponer un acuerdo nacional para la vigencia de la Constitución vigente y detener la abrumadora cantidad de reformas constitucionales?

Algo más, quienes idearon el pacto neoliberal y pugnaron por el desconocimiento de la Constitución de 1917 o su tácita derogación no eran tan visionarios como se consideraban. Olvidaron dos importantes hechos que cualquier buen observador detectaría en su momento: el posicionamiento de China como potencia económica mundial y la inestabilidad generaba por el narcotráfico internacional, ambos fenómenos en ascenso desde finales de la década de los ochenta. Estos "descuidos" probablemente sean deliberados y encuentren su origen un dos hechos: primero, su fijación hacia los Estados Unidos los impulsaría a promover una identidad menos opuesta a los intereses de este país, a costa de descuidar la relación de México con el resto del mundo, principalmente con Latinoamérica; tampoco los gobiernos mexicanos saben dialogar con las culturas del este asiático, cuyos países después de la crisis de 2008 son los principales centros de desarrollo económico global.

Segundo, consideraron el narcotráfico esencialmente como un fenómeno nacional asociado a la "tradicional corrupción mexicana", ignorando que la política de la prohibición en los Estados Unidos facilita la penetración y colonización de los aparatos de seguridad latinoamericanos por el gobierno estadounidense; lo ignoraron porque contradecía su modelo económico orientado hegemónicamente al vecino del norte. Estados Unidos no sólo es el principal consumidor mundial de drogas, sino además es la principal fuente de armas para el crimen organizado en México, los policías y militares organizados para combatirlos; prueba de esto son el fallido operativo *Rápido y Furioso* instrumentado al interior del gobierno de Barak Obama para proporcionar armas a miembros de los cárteles del narcotráfico mexicanos por medio de sus agentes policíacos, o el lavado de dinero del narcotráfico mexicano en Estados Unidos realizado por agentes de la

DEA.[6] Es evidente, la corrupción no es un fenómeno estrictamente mexicano, es trasnacional y, en el caso del narcotráfico, con profundas raíces en el vecino país del norte.

Asimismo, aun cuando el pacto neoliberal en México nos prometió evitar las crisis económicas, por el contrario, nos acostumbraría a ellas; no sólo estableció un modelo de estabilidad con escaso crecimiento (el PIB promedio anual en el período 1981-1991 fue de apenas 1.08%, mientras en 1994-2011 fue de 2.59%)[7] sino además experimentó dos severas crisis económicas, la de 1995 y la de 2008. Mientras la primera nació del excesivo endeudamiento bancario promovido por el gobierno salinista quien generó una falsa percepción de crecimiento, la segunda sería consecuencia de la crisis financiera de los países en desarrollo, cuya excesiva desregulación del sector financiero provocó una debacle que afectaría a México por su dependencia de la economía estadounidense; en ambos casos el PIB cayó más de 6 puntos.

Al final, los rescates bancarios con recursos públicos serían la norma para salvar al sector financiero; los beneficios se privatizan y las pérdidas se socializan. De esta manera, el neoliberalismo demostraba sus límites y debilidades en el mundo: escaso crecimiento, concentración de la riqueza, privatización de los bienes públicos y de la inseguridad;[8] mientras tanto, el alegato de una reforma radical de la Constitución en México se alimentaba del discurso de la crisis para avanzar.

La inseguridad provocada por el crimen organizado y la falta de crecimiento económico del país con su consecuente extensión de desigualdad generaron una profunda crisis identitaria en México; así, lo demostraron las pasadas fiestas del Bicentenario, cuando un segmento de la clase intelectual y cultural del país decía que nada podían celebrar. No pocos se erigieron

---

6 Reportaje de Ginger Thompson en *The New York Times* en la siguiente dirección electrónica: *http://www.nytimes.com/2011/12/04/world/americas/us-drug-agents-launder-profits-of-mexican-cartels.html?_r=1&ref=gingerthompson*, conforme a la consulta del 2 de noviembre de 2015.

7 Cámara de Diputados, Centro de Estudios de la Finanzas Públicas, en la siguiente dirección electrónica conforme a la consulta del 3 de julio de 2012: *http://www3.diputados.gob.mx/camara/001_diputados/006_centros_de_estudio/02_centro_de_estudios_de_finanzas_publicas__1/005_indicadores_y_estadisticas/01_historicas/01_ind_macroeconomicos_1980_2012*; asimismo, datos de INEGI y Banxico en Lustig, Nora, *México hacia la reconstrucción de una economía*, México, FCE, 2002, pp. 72 y 73.

8 Cassis, Youssef, *Crises & Opportunities. The Shaping of Modern Finance*, Reino Unido, Oxford University Press, 2011; Krugman, Paul, *The Return od Depression Economics and the Crisis of 2008*, Reino Unido, 2008; Harvey, David, *A Brief History of Neoliberalism*, Reino Unido, 2011.

en severos críticos de la Constitución de 1917, a la cual deseaban atribuir todos sus males.

Ante semejante contexto, el alegato de una Nueva Constitución agrega un elemento más de desorientación; quienes están a favor de esta posibilidad parecen decir que cambiando la Constitución resolveríamos todos nuestros problemas. Así, lo que precisamente criticaban en los constitucionalistas de 1857 y 1917 es, ahora, su principal argumento. La Constitución, se debe recordar, nunca podrá resolver todos los problemas de ningún Estado nacional, al lado de ella se deben construir pactos y consensos sociales e institucionales adicionales para normar la convivencia social; por ejemplo, el trato interpersonal facilitador del respeto de los derechos humanos es un conjunto de códigos establecidos entre personas e instituciones para la convivencia y es tan complejo que es imposible registrarlo constitucionalmente en su totalidad.

Además, al proponer una nueva Constitución perecen sugerir que las identidades constitucionales se construyeran en unas cuantas semanas, meses o algunos años. Total, dicen, para qué conservar un texto constitucional modificado cientos de veces, si los gobiernos de cualquier partido pueden alterar a placer la Constitución. Cuando examinan el tema de la estabilidad constitucional citan con frecuencia a la Constitución de Estados Unidos como ejemplo paradigmático de un texto estable, con escasas modificaciones; sin embargo, no reconocen que esta estabilidad se debe a la existencia de un Poder Judicial que actualiza a la Constitución mediante resoluciones judiciales desde principios del siglo XIX, decisiones, no pocas veces contradictorias entre sí.

También se hace apología de las Constituciones de Alemania (1949) e Italia (1947) fundadoras de importantes tribunales constitucionales y de la democracia en esos países; sin embargo, no mencionan que ambas son producto de la derrota militar y de la necesidad de estas naciones de olvidar históricamente al nazismo y al fascismo. Igualmente, se cita como modelo a seguir la nueva Constitución española (1978), pero casi nadie repara en que tiene su origen en el fin de la dictadura franquista de cuatro décadas. Habría de recordar a los nuevos apologistas de estos textos constitucionales que México proviene de un sistema de partido hegemónico no de dictaduras europeas; aunque existen semejanzas, como regímenes autoritarios, las diferencias también son significativas.

Asimismo, Colombia y su nueva Constitución (1991) también es mencionada como prototipo por imitar, omitiendo que la misma es el resultado de una inestabilidad social, agravada por la guerrilla y el narcotráfico; desde luego, también se omiten las diferencias de escala demográfica y económica

entre los dos países, sensiblemente diferentes. Aunque no podemos desconocer los indiscutibles avances de Colombia (como su justicia constitucional) y nuestros estrechos lazos culturales, este país es aún el principal productor de cocaína y más peligroso que México conforme a indicadores internacionales, conservando una tasa de homicidios mucho mayor que la mexicana y una elevada militarización.

Importar el modelo de seguridad impuesto por el gobierno colombiano a su población a instancias de los Estados Unidos no sólo es un camino seguro al fracaso, sino además sujetaría más a México a la estrategia del gobierno estadounidense para extender la lucha contra el narcoterrorismo en América Latina; provocaría una normalización de la inseguridad como política de Estado y un creciente debilitamiento de nuestras instituciones. Hoy el alegato de una nueva Constitución para México se encuentra muy cerca de la aceptación del Estado fallido o narcoterrorista que algunas áreas de seguridad en Washington comenzaron a diseñar para nuestro país a partir de la derrota de Calderón en su "guerra" contra el crimen organizado. Observando y aprendiendo del exterior, deberíamos encontrar nuestras propias soluciones.

Desde luego, el cambio de paradigma constitucional después del final de la Segunda Guerra Mundial implicó, entre otros aspectos, una progresiva extensión los derechos humanos en el mundo, de la democracia como forma de gobierno y un mayor peso de los poderes judiciales; a esta tendencia debe unirse México con sus propias particularidades. Al reformar la Constitución también deberíamos celebrar un pacto para su vigencia y cumplimento; no estaremos cansados de decir que las leyes y las reformas constitucionales nunca serán suficientes si no van acompañadas de la voluntad de sus ciudadanos y autoridades por cumplirla, incluidas las grandes corporaciones privadas nacionales o extranjeras.

Para ello deberemos apuntalar una cultura más sólida de la constitucionalidad y este es un proyecto de largo plazo; deberíamos ser pacientes, la construcción de semejante cultura y de sus instituciones requieren de tiempo. Si la impaciencia gana, entonces abogaremos por una nueva Constitución con su consecuencia de mayor inestabilidad y confusión identitaria. No es suficiente una defensa judicial de la Constitución por medio de mecanismos jurídicos concretos y abstractos para su protección como son, respectivamente, el amparo y las acciones de inconstitucionalidad; igualmente, es indispensable construir una defensa cultural de nuestro mejor legado constitucional: ese que no es autoritario y encuentra sus nuevas bases de legitimidad en los derechos humanos, es democrático, plural e igualitario.

Si en el presente ensayo formulé una defensa histórica y cultural de la Constitución es porque quienes abogan por un nuevo texto constitucional parecen desconocer ese legado; a ellos les pregunto ¿cuáles serían las nuevas coordenadas histórico-culturales de su nueva Constitución? ¿Qué relación guardaría esta nueva Constitución con el pacto neoliberal, con los intereses monopólicos y el crimen organizado transnacional? ¿Cuál es el contenido de estas reformas? Aunque nadie dice concretamente cómo serían, todo indica que se trata de las reformas pendientes del consenso neoliberal-asistencialista mexicano, aquellas que no pudieron poner en marcha los presidentes en turno desde 1997, año en el cual comenzó a gobernar mayoritariamente la oposición en la cámara de diputados. El riesgo de estas reformas sería que algunas de ellas serían tan radicales como para borrar los últimos vestigios del constitucionalismo social mexicano y acentuar aún más la presencia de los monopolios privados sobre la vida pública; desde luego, éste no debería ser el camino de la futura reforma constitucional.

Actualmente, parece que defender a la Constitución de 1917 pasó de moda, particularmente en lo relativo a sus derechos sociales, la defensa de sus recursos naturales y la protección del medio ambiente de frente al cambio climático global. Sin embargo, mucho bien haríamos protegiéndola para impedir una mayor inestabilidad, reformándola sólo en aquellas partes que promuevan un nuevo pacto para la democracia, la justicia, la pluralidad y la igualdad social. Reformemos sí a la Constitución de 1917, pero también aboguemos por su vigencia y cumplimiento, esto último requiere de un pacto de todos; antes que una nueva Constitución deberíamos pensar en un pacto fundacional para su cumplimiento. Que esto suceda antes del 2017, cuando esta Constitución cumpla 100 años sería un mínimo acto de justicia con nuestro constitucionalismo y con esa zona de difícil definición que son las identidades nacionales y las culturas constitucionales.

LA NOCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA*

Rodrigo BRITO MELGAREJO**

La reforma constitucional del 10 junio de 2011 ha hecho que surjan nuevos esquemas en materia de derechos humanos en nuestro país al introducir principios, instituciones y mecanismos que conforman un nuevo paradigma constitucional.[1] La Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, señaló que:

> Este cambio trascendental exige a todos los operadores jurídicos un minucioso análisis del nuevo texto constitucional, para determinar sus alcances y reinterpretar aquellas figuras e instituciones que resulten incompatibles o que puedan obstaculizar la aplicación y el desarrollo de este nuevo modelo.

Este análisis al que se refiere la Corte requiere, necesariamente, estudiar el cambio del Capítulo I del Título Primero de la Constitución, así como el del primer párrafo del artículo 1o., pues con la reforma de 2011 se recogió finalmente en el texto constitucional la distinción entre derechos humanos y garantías, retomando una discusión que desde las sesiones del Constituyente de 1917, no había vuelto a presentarse con fuerza fuera del ámbito académico.

Esta situación, sin embargo, tuvo como consecuencia que dicha modificación fuera una de las que más concentrara la atención durante el procedimiento de reforma constitucional. Incluso se destacó en él que una de las propuestas fundamentales que integraban el paquete de reformas en

* Al escribir este texto, los comentarios de Amauri Daniel Coutiño Rodríguez fueron de gran valía, por lo que no puedo sino expresar aquí mi gratitud y reconocimiento por su apoyo.

** Docente investigador de la Facultad de Derecho de la UNAM.

1 Córdova Vianello, Lorenzo, "La reforma constitucional de derechos humanos: una Revolución Copernicana", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* México, vol. 61, núm. 256, pp. 78 y 79.

materia de derechos humanos era aquella con la que se pretendía incluir en la Constitución el término de "Derechos humanos" y con ello subrayar su carácter de derechos diferenciados de la naturaleza del Estado. Con esta idea como eje principal se actualiza la terminología utilizada en el texto constitucional al dejar de hablar simplemente de "Garantías individuales", para hacer referencia a los "Derechos humanos y sus garantías".[2] La pregunta que surge entonces es si dicha reforma implica en realidad cambios trascendentales en la concepción que se tiene de los derechos en nuestro país o si es simplemente una modificación semántica.

La doctrina se ha ocupado de esta distinción conceptual haciendo evidente que estos términos no son equivalentes y el uso de uno u otro tiene importantes alcances, por lo que no pueden emplearse de manera indistinta. La palabra "garantía" proviene del término anglosajón *warranty* o *warantie*, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (*to warrant*), por lo que, como señala Ignacio Burgoa, ésta tiene una connotación muy amplia. "Garantía", entonces, equivale, en términos generales, a "aseguramiento" o "afianzamiento", pudiendo denotar también "protección", "respaldo", "defensa", "salvaguardia" o "apoyo".[3]

En el campo del derecho, la palabra "garantía" ha tenido un uso general como sinónimo de protección jurídico-política y es un concepto que, en principio, perteneció al derecho privado, de donde tomó su acepción general y su contenido técnico-jurídico;[4] sin embargo, en el ámbito del derecho público, esta palabra adquirió jerarquía de carácter institucional en Francia, donde empezó siendo una forma especial, propia de los preceptos constitucionales y de las declaraciones que contemplaban derechos. Prueba de ello son los artículos 12 y 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que representan el primer caso histórico de empleo de la palabra "garantía" con aplicación al derecho público. En estos casos el vocablo se encuentra en su acepción de respaldar, asegurar, consagrar o salvaguardar los derechos del hombre y del ciudadano, mediante una protección eficaz, que nace de la sociedad y que se lleva a cabo por el Estado y sus órganos.[5]

---

2 Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Los derechos humanos en México*, México, Porrúa, 2013, p. 19.

3 Burgoa, Ignacio, *Las garantías individuales*, 38a. ed., México, Porrúa, 2005, p. 161.

4 Sánchez Viamonte, Carlos, *Los derechos del hombre en la Revolución francesa*, México, Ediciones de la Facultad de Derecho-UNAM, 1956, p. 67. En esta obra se señala que en algunos países monárquicos, el vocablo "garantía" se empleó durante mucho tiempo en su acepción común, como un término aplicable exclusivamente a las instituciones de derecho privado.

5 *Ibidem*, p. 68.

Desde Francia, la palabra "garantía" y el verbo "garantizar" se exportaron a otros países en cuya legislación aparecen desde mediados del siglo XIX, aunque en la mayor parte de los casos, las constituciones que surgen en esa época emplean el verbo "garantizar" para referirse al reconocimiento y la proclamación de derechos cuya existencia se considera anterior a la Constitución y al Estado mismo.[6] Sin embargo, con el tiempo, la doctrina va dotando de nuevos contenidos a este vocablo. Daunou, por ejemplo, en su *Ensayo sobre las garantías individuales,* considera que si bien la autoridad tiene una función tutelar y moderadora en la sociedad, también ésta puede ser acusada de no proteger eficazmente a quienes sufren injurias u ofensas por debilidad, por negligencia, y aun algunas veces por connivencia.

Es más, para este autor, si en ocasiones se califica a la autoridad de arbitraria, opresiva o despótica, es porque con estas palabras se quieren reprochar a la autoridad agresiones de la clase de aquellas contra las cuales está armada, es decir, violencia, rapiña, ultrajes, etcétera. Partiendo de estas premisas, Daunou señala que las garantías individuales constituyen el empeño que contrae la autoridad de abstenerse de estas conductas y las instituciones que la obligan, en efecto a contenerse. Estas garantías serían, por tanto, "casi los únicos límites que en un Estado grande pueden circunscribir totalmente a la autoridad".[7]

Este punto de vista es compartido por Cherbuliez quien en 1838 publicó en París su obra *Théorie des garanties constitutionnelles*. Para él, en toda sociedad es necesario confiar a hombres el poder social, esto es, poner a su disposición las fuerzas colectivas de la sociedad; sin embargo, esta personificación del gobierno resulta un gran peligro, pues es posible que los hombres que tienen a su cargo las funciones gubernamentales se sirvan del poder social para satisfacer sus tendencias particulares, en los casos frecuentes en que esta satisfacción llegue a ser incompatible con el interés general.

De ahí, dice Cherbuliez, la utilidad de las garantías, es decir, de las disposiciones legales que pueden crear entre los hombres del gobierno intereses opuestos a sus tendencias particulares como miembros de la asociación, a fin de neutralizar estas últimas y de no subsistir y obrar más que las tendencias compatibles en el cumplimiento del fin para el cual se establece todo gobierno.[8] Entendidas de esta manera, las garantías constitucionales pueden considerarse los medios para preservarnos contra la incapacidad

---

6 *Ibidem*, pp. 70 y 71.

7 Daunou, Pierre Claude François, *Ensayo sobre las garantías individuales que reclama el estado actual de la sociedad*, México, Imprenta de D. Mariano Ontiveros, 1823, pp. 3-8.

8 Los planteamientos de Cherbuliez son reproducidos por Sánchez Viamonte en *op. cit.*, nota 4, pp. 72 y 73.

o la mala intención de los hombres del gobierno y pueden dividirse en dos clases: garantías anteriores o de eliminación y posteriores.[9]

Las primeras tienen por efecto revestir funciones gubernativas a los hombres que poseen en el más alto grado la predisposición a las aptitudes intelectual y moral, pero estas garantías están lejos de ser suficientes porque es posible, según el profesor francés, engañarse sobre las disposiciones de que se trata. Consecuentemente, es necesario recurrir a las garantías posteriores, que actúan sobre el individuo ya revestido de funciones gubernativas y que pueden dividirse en formales y consecuenciales. Las garantías formales serán, en este sentido, aquellas que actúan sobre la aptitud intelectual y la aptitud moral, mediante ciertas formas prescritas en la distribución, mientras que las consecuenciales serán las que actuarán mediante ciertas consecuencias, adheridas al ejercicio de las funciones.

Para Cherbuliez el fin inmediato de las garantías formales es impedir el abuso del poder social por medio de obstáculos materiales, resultantes de las formas en que cada función está asignada y todos estos modos de acción se relacionan con un solo principio: la división del poder. Por su parte, las garantías consecuenciales actúan por medio de ciertas consecuencias adheridas a los actos de los funcionarios, que pueden ser de dos especies: de los bienes o de los males y de las recompensas o de las penas. Así, cuando un funcionario tiene que esperar o temer semejantes consecuencias, se dice que es responsable.[10]

Esta acepción de la palabra "garantía", extendida a todas las formas constitucionales que tienden a cualquier forma de protección de la libertad individual fue, siguiendo los planteamientos de Sánchez Viamonte, una de las preferidas por la mayor parte de los tratadistas europeos o americanos. Ahora bien, uno de los principios que guiaron los estudios sobre las garantías con el paso del tiempo fue el hecho de entender la idea de garantía no como protección teórica o abstracta, sino práctica o concreta y además como amparo efectivo. La garantía, desde esta perspectiva, no podía considerarse como:

> El régimen institucional en su conjunto, en su condición de ordenamiento jurídico, sino una institución particular, determinada, creada para el amparo o protección de derechos constitucionales afectados por ley o norma de carácter legal (reglamento, ordenanza, edicto, etcétera) o por actos ejecutivos.

9 *Ibidem*, pp. 73 y 74.

10 *Idem.*

Y ese amparo o protección merecería el nombre garantía cuando lograra el máximo de su eficacia práctica mediante una acción judicial. De esta suerte, la garantía se entendió con el paso del tiempo como una institución creada para la defensa concreta y práctica de la Constitución, en los casos particulares en que resultara afectada la vigencia y, también, la supremacía constitucional.[11]

Esta idea se extendió en diversas naciones y todo parece indicar que tuvo una influencia marcada en nuestro país. Y es que si bien en los textos constitucionales anteriores a la norma fundamental que actualmente nos rige se hablaba principalmente de derechos,[12] los problemas que enfrentó su eficacia, hicieron que en 1917 se decidiera poner énfasis en la obligación de respetar y proteger esos derechos a cargo del Estado.

Es necesario recordar que en la Constitución de 1824 no se estableció un catálogo de derechos como tal, situación que cambió en 1836, cuando la primera de las Siete Leyes Constitucionales estaba dedicada a los "derechos y obligaciones" de los mexicanos y habitantes de la República. Es más, en ella se hablaba de los "derechos naturales" de los que gozaban los extranjeros introducidos legalmente en la República, que se sumaban a los establecidos en los tratados para todos los derechos naturales, y además a los estipulados en los tratados para los súbditos de sus respectivas naciones.

Las Bases Orgánicas de 1843, por su parte, establecieron en su segundo y tercer títulos diversos derechos para los habitantes de nuestro país, para los mexicanos y para quienes tenían la condición de ciudadanos.[13] Tiempo después, el Acta Constitutiva y de Reformas hizo referencia a los "derechos del hombre", denominación que se adoptaría en la Sección I del Título Primero de la Constitución de 1857; sin embargo, hay que considerar que en algunos de estos antecedentes ya aparecían también menciones a las garantías.

El artículo 5o. del Acta Constitutiva y de Reformas, por ejemplo, establecía que para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconocía, una ley fijaría las "garantías" de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozaban todos los habitantes de la República y establecería todos los medios de hacerlas efectivas. En este caso es evidente la distinción

---

[11] Sánchez Viamonte, *op. cit.*, p. 75.

[12] Como antecedentes de la Constitución de 1917 en los que se utilizaba la expresión "garantías individuales" para referirse a los derechos sólo pueden mencionarse el Segundo Proyecto de Constitución leído en la Sesión del Congreso de 3 de noviembre de 1842; el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana de 1856 y el Estatuto Provisional del Imperio Mexicano de 1865.

[13] En este caso, el artículo 10 señalaba que los extranjeros gozarían de los derechos que les concedieran las leyes y sus respectivos tratados.

que se hace entre derechos y garantías, que se retoma también de algún modo en el texto constitucional de 1857. En dicha Constitución, se nota una marcada influencia naturalista, pues el artículo 1o. establecía que el pueblo mexicano reconocía que los derechos del hombre eran la base y el objeto de las instituciones sociales, además, partiendo de este planteamiento, declaraba que todas las leyes y todas las autoridades del país, debían respetar y sostener las "garantías" que otorgaba la propia Constitución. Es evidente entonces que el Constituyente de 1857 decidió contemplar la distinción entre derechos y garantías, aunque dando prioridad a la idea de los derechos como algo anterior o incluso superior al Estado, pues en este caso el pueblo mexicano no hacía otra cosa que reconocerlos.

La historia, sin embargo, demostraría que a pesar del reconocimiento expreso de un catálogo de derechos en la Constitución de 1857, su eficacia era constantemente puesta en entredicho, lo que ocasionó que Venustiano Carranza, al referirse al tema, buscara de alguna manera cambiar los planteamientos naturalistas propios del texto constitucional para impregnar en su proyecto una visión distinta. De hecho, en el mensaje que pronunció como Primer Jefe del Ejército Constitucionalista ante el Constituyente de 1916-1917, Carranza señaló que:

> El deber primordial del gobierno es facilitar las condiciones necesarias para la organización del derecho o, lo que es lo mismo, cuidar de que se mantengan intactas todas las manifestaciones de libertad individual, para que, desarrollándose el elemento social, pueda, a la vez que conseguirse la coexistencia pacífica de todas las actividades, realizarse la unidad de esfuerzos y tendencias en orden a la prosecución del fin común: la felicidad de todos los asociados.
>
> Por esta razón, lo primero que debe hacer la Constitución política de un pueblo, es *garantizar*, de la manera más amplia y completa posible, la libertad humana, para evitar que el gobierno, a pretexto del orden o de la paz, motivos que siempre alegan los tiranos para justificar sus atentados, tenga alguna vez de limitar el derecho y no respetar su uso íntegro, atribuyéndose la facultad exclusiva de dirigir la iniciativa individual y la actividad social, esclavizando al hombre y a la sociedad bajo su voluntad omnipotente.
>
> La Constitución de 1857 hizo [...] la declaración de que los derechos del hombre son la base y objeto de todas las instituciones sociales; pero, con pocas excepciones, no otorgó a esos derechos las *garantías* debidas, lo que tampoco hicieron las leyes secundarias, que no llegaron a castigar severamente la violación de aquéllas, porque sólo fijaron penas nugatorias, por insignificantes, que casi nunca se hicieron efectivas. De manera que, sin temor de incurrir

> en exageración, puede decirse que a pesar de la Constitución mencionada, la libertad individual quedó por completo a merced de los gobernantes.[14]

Carranza señala además que el número de atentados contra la libertad y sus diversas manifestaciones en el tiempo en que rigió la Constitución de 1857 era sorprendente, pues todos los días había quejas contra los abusos y excesos de los gobernantes, sin que la autoridad judicial de la Federación hiciera esfuerzos para reprimir ese mal, ni mucho menos para castigarlo. Por ello, el jefe del Ejército Constitucionalista consideró que la simple declaración de derechos, que podría bastar en un pueblo de cultura elevada, en que la sola proclamación de un principio fundamental de orden social y político, sería suficiente para imponer respeto, resultaba un valladar ilusorio en nuestro país, donde por una larga tradición y por usos y costumbres inveterados, la autoridad había estado investida de facultades omnímodas, donde se atribuía poderes para todo y donde el pueblo no tenía otra cosa que hacer más que callar y obedecer.[15]

A corregir ese mal se enfocaron las diversas reformas que Carranza propuso respecto a la Sección I del Título Primero de la Constitución de 1857, mediante las cuales dicha sección, que se convertiría finalmente en el Capítulo I del texto constitucional de 1917, se denominaría "De las garantías individuales". Hilario Medina, diputado participante en el Constituyente, refiere sobre este punto que al enunciado teórico y filosófico de un conjunto de principios sin efectividad ni sanción, se sustituyeron las promesas solemnes del poder público por medio de las instituciones, de dar a cada individuo un conjunto de zonas infranqueables cuyo objeto era hacer que se respetaran sus libertades, sus propiedades, su seguridad y la igualdad de todos los componentes de la sociedad.[16]

De los debates del Constituyente, sin embargo, no es posible determinar si con el cambio de denominación del Capítulo I se buscaba adherir a la Constitución de 1917 a la tesis iusnaturalista (los derechos son inherentes a la persona), que fue la predominante durante el siglo XIX o a la positivista (los derechos son creados por el orden jurídico). Como señala Fix-Fierro,

---

[14] Cursivas nuestras. La versión íntegra de las palabras de Carranza puede consultarse en Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-2005*, 24a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 745-764.

[15] *Ibidem*, pp. 749 y 750.

[16] Estas palabras se encuentran en la introducción que hace Hilario Medina al *Diario de los debates del Congreso Constituyente 1916-1917,* México, Ediciones de la Comisión Nacional para la Celebración del Sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia Nacional y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana, 1960, t. I, p. 19.

hay indicios para suponer que el Constituyente de 1916-1917 no tenía una idea precisa de lo que implicaban ambas concepciones (y, por lo tanto, tampoco pretendió zanjar la discusión), pero sí consideraba que los derechos debían quedar claramente establecidos y definidos en la Constitución.[17]

Esto se hace evidente en la 11a. sesión ordinaria del Constituyente que se celebró en el Teatro Iturbide la mañana del miércoles 13 de diciembre de 1916, en la que se presentó el dictamen sobre el artículo 1o. constitucional. En ella, Rafael Martínez de Escobar, después de señalar la influencia de la Constitución de los Estados Unidos, del texto gaditano de 1812 y de la Constitución francesa de 1793 en el constitucionalismo mexicano, señala que ésta última tiene un influjo especial en cuanto a los derechos del hombre, pues:

> Allí se proclamaron esos derechos y en nuestra Constitución de 57, si la vamos estudiando, no al pasar de la mirada, indudablemente vamos viendo que en esa declaración de los derechos del hombre hay una imitación; pero no una imitación a propósito, sino una imitación inconsciente —digámoslo así—, porque es natural que si los derechos del hombre surgieron a la maldad del gran tirano de los Borbones, aquí también, en virtud de los grandes despotismos en nuestras instituciones republicanas, surgieron los derechos del hombre como limitación del poder público; esos derechos, que son parte integrante de la naturaleza humana, que son el elemento constitutivo del hombre, que en algunas partes se sostiene que son ilegislables, porque hay algo que no se le puede quitar al hombre.[18]

Además señala que en nuestra Constitución existen tres clases de principios: el derecho social, el derecho político y el derecho administrativo. Al referirse al primero de dichos principios, Martínez de Escobar refiere que éste es “todo eso que se llama derechos del hombre o garantías individuales”, pero que, en su opinión, deberían llamarse garantías constitucionales, pues en los artículos que contemplan estos derechos está “el principio del derecho social sin discusión; son disposiciones que han determinado la libertad del individuo en la sociedad, en tanto que en esta sociedad así constituida vino a restringirse la libertad individual en provecho de la libertad social”.

Pero también menciona, haciendo eco del discurso de Carranza, que la libertad, la propiedad, la seguridad y la igualdad, como un conjunto de manifestaciones liberales de los derechos del hombre que se distingue en

[17] Fix-Fierro, Héctor, comentario al artículo 1o. constitucional, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 13a. ed., México, Porrúa-UNAM, t. I, p. 3.

[18] *Diario de los debates...*, *cit.*, nota 16, pp. 621-623.

los primeros artículos de la Constitución, no se habían podido llevar a la práctica porque los gobiernos eran enteramente tiránicos y despóticos y ellos mismos habían contribuido a que aquellas leyes fueran letra muerta, fueran papeles mojados, y aquellas leyes no llevaran dentro de sí el espíritu que las dictaba.[19]

Rafael Martínez de Escobar pensaba que el término "derechos del hombre" era más adecuado que el de "garantías individuales", pero consideraba también que era aún más conveniente usar en la norma fundamental el término "garantías constitucionales", pues en esa expresión genérica, podían concurrir y coexistir tanto las garantías individuales, como las sociales. Pero a pesar de las precisiones que hace, este integrante del Constituyente se pronuncia a favor de los cambios contenidos en la propuesta del artículo 1o., criticando la ineficaz elocuencia de la redacción contenida en el texto de constitucional de 1857. Para él:

> La redacción del 57 es acariciadora, arrulla a los oídos como música del cielo, embriaga a las multitudes, al que las lee, al que gusta de leerlas, al que gusta de la belleza; seguramente al ciudadano diputado Cravioto le debe producir una hermosísima y encantadora impresión. A mí también me causa esta impresión, aunque no soy artista; encuentro esa redacción sublime, es bellísima, es perfumada; pero debemos despojar nosotros a esos artículos de esa retórica, de ese estilo platónico, de ese lenguaje galano, que es más bien romántico; es lo que hemos heredado de la Constitución francesa, porque quedó ahí el espíritu latino, amante de las frases sonoras y bellas. Pero el artículo, en sí, contiene lo que debe contener, responde de una manera intensa a los anhelos del pueblo: las garantías individuales, porque son la base de todas nuestras instituciones. ¿Los gobiernos necesitan para el bienestar del individuo, protegerlo? Pues ahí están las garantías individuales, y no se suspenderán sino cuando surja una necesidad política y social.[20]

Estos argumentos encontraron la respuesta de José Natividad Macías, quien en la misma sesión, tomó parte en el debate. Para él, las garantías individuales tenían por objeto proteger al individuo y sacarlo de la garra de la opresión en que había vivido. Incurriendo en un error, Macías indicó que la Constitución de 1857 establecía que los derechos "naturales" del hombre, eran la base de las instituciones sociales, y partiendo de este planteamiento —que encontraba más bien sus raíces en la práctica relacionada con los derechos— señaló que esta redacción tenía como inconveniente gravísimo:

---

[19] *Idem*.

[20] *Diario de los debates...*, *cit.*, p. 624.

> Que como la Constitución no [hacía] la enumeración de los derechos naturales, todo el mundo creyó ver en esto, que no había derecho que no estuviera aprobado por la Constitución; de manera que no solamente se creyó que estaban aprobados los derechos propiamente fundamentales; sino que estaban comprendidos todos los derechos secundarios y políticos, y de ese error surgieron multitud de dificultades. El derecho individual quiso extenderse a otra clase de derechos y la justicia federal se vio de tal manera solicitada, que era imposible que pudieran resolverse todas las cuestiones que con este motivo se presentaron. La redacción de este artículo dio lugar a que el inmortal Batalla formulara un dicho tan conocido por nosotros: "Ni están todos los que son, ni son todos los que están". Porque hay en la sección primera derechos que no son naturales, sino que son políticos, y no están todos los derechos naturales, porque una certeza expresa no ha habido sobre este punto.[21]

Después de exponer estos argumentos, Macías evidencia la confusión que reinaba en el Constituyente sobre la tesis (iusnaturalista o positivista) que adoptaba el texto constitucional de 1917, pero deja claro por qué consideraba conveniente que en el artículo 1o. se hablara de garantías individuales. Este notable Constituyente señalaba que había que rehuir cuidadosamente todas las discusiones filosóficas que no servían más que para hacer confusión de las ideas e inducir a errores que siempre eran perjudiciales para los pueblos, y, por tanto, era preferible llegar a cosas prácticas y positivas, pues las "constituciones no necesitan declarar cuáles son los derechos; necesitan garantizar de la manera más completa y más absoluta todas las manifestaciones de la libertad. Por eso deben otorgarse las garantías individuales".

Desde esta perspectiva, José Natividad Macías considera que la apreciación de Martínez de Escobar sobre lo más apropiado de usar el término "garantías constitucionales" era un error gravísimo que no podía dejar pasar desapercibido porque llevaría a una confusión desastrosa y a errores terribles que influirían incuestionablemente en la formación de muchos artículos constitucionales del proyecto de Carranza. Por lo tanto señaló ante el Constituyente:

> El derecho constitucional supone dos puntos elementales que va a combinar el individuo como directo combinante del Estado: la nación y el gobierno. De manera que son los tres elementos forzosos que entran en la composición constitucional política. No puede haber ni ha habido en parte alguna, jamás, una Constitución política, de cualquier pueblo que sea, ya se trate de una dictadura, ya se trate de un imperio o de un gobierno libre, que no tenga forzosamente esos elementos: el individuo, la nación y el gobierno.

[21] *Ibidem*, pp. 627 y ss.

Son tres elementos inconfundibles y es precisamente a los que me voy a referir, para poder desvanecer la confusión en que ha incurrido el apreciable señor licenciado Martínez de Escobar.

El individuo es, como dicen los tratados, la molécula, la parte principal componente del Estado, tiene que quedar por completo fuera de la nación, fuera del Estado, de manera que ni la nación, ni el gobierno, ni el Estado podrán tener alcance alguno sobre el individuo.

Por eso es que los tratadistas modernos, hombres que han profundizado esta cuestión de una manera minuciosa, ya no opinan que se llamen garantías individuales, sino derechos del hombre, en la constitución política de los pueblos.

Este es el rubro que aconsejan varios tratadistas modernos; el ciudadano Primer Jefe creyó que era más claro el rubro: "De las garantías individuales", porque habiendo los tres elementos, el individuo, la nación y el gobierno, hay garantías individuales que ven al individuo, al elemento del derecho constitucional que se llama individuo; hay garantías sociales que son las que ven a la nación, a todo el conjunto, a todo el conglomerado de individuos, y hay garantías constitucionales o políticas, que se van ya a la estructura, ya a la combinación del gobierno mismo. Al decir, pues, como el señor Escobar, garantías individuales constitucionales, daríamos lugar entonces a que se viniera a pedir amparo cuando se viole verdaderamente una de las garantías constitucionales, o podríamos dar lugar a que se pidiese amparo cuando se violase una garantía social. Ni las garantías sociales ni las constitucionales están protegidas por el amparo; no están protegidas por el amparo más que las garantías individuales. Las otras garantías, sociales, políticas o constitucionales, están garantizadas por la estructura misma y por el funcionamiento de los poderes.[22]

La idea de ligar a los derechos con los mecanismos para su protección se hace patente en los planteamientos de Macías y, aunque, como se ha mencionado, existía confusión al interior del Constituyente sobre la tesis que se adoptaba con la nueva denominación del Capítulo I del Título Primero de la Constitución, la fuerza que adquieren en el ámbito de los derechos los medios para hacerlos valer es evidente. Así transcurrirían varias décadas en que las discusiones en torno a la forma en que se trataba el tema en nuestra Constitución se daba simplemente en el ámbito académico; sin embargo, la situación cambió durante el procedimiento de aprobación del paquete de reformas constitucionales en materia de derechos humanos que finalmente se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

22 *Idem.*

Uno de los aspectos que se destacó durante el *iter* que siguieron estas reformas constitucionales, fue incluir en la Constitución el término "Derechos Humanos" y con ello subrayar su carácter de derechos diferenciados de la naturaleza del Estado, al que le corresponde simplemente recogerlos y protegerlos. Con esta idea en mente, y siguiendo diversas sugerencias de organismos en la materia,[23] se actualizó el término utilizado en nuestra Constitución, para pasar de las "garantías individuales" otorgadas por ella, a los "derechos humanos" que simplemente eran reconocidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales. De esta manera se adoptó en nuestro ordenamiento fundamental el término que es mayormente aceptado en el derecho internacional, aunque, cabe decirlo, al conservar también el concepto de "garantías" se retomó la idea prevaleciente en nuestro constitucionalismo de la importancia de estructurar en el texto constitucional las formas que aseguren de manera efectiva su vigencia por medio de mecanismos que los protejan o por medio de los cuales se reparen sus violaciones.[24]

En los documentos que se realizaron sobre la propuesta de reforma a este capítulo de la Constitución se incluyeron planteamientos interesantes para diferenciar claramente a los derechos humanos y las garantías, así como para proteger ambos. Por ejemplo, en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados, discutido y votado el 15 de diciembre de 2010, se establecieron los elementos que distinguen a los derechos humanos de las garantías individuales. En este documento se señala que, en términos generales, los derechos humanos pueden definirse como el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada.

Ahora bien, por lo que hace a las garantías individuales, se hace referencia a uno de los criterios establecidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Novena Época, en el que se señalaba que, históricamente, las garantías individuales se habían reputado como aquellos elementos jurídicos que se traducían en medios de salvaguarda de las prerrogativas fundamentales que el ser humano debía tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público. Por lo tanto, eran consideradas como derechos públicos de carácter subjetivo consignados a favor de todos

---

23 Entre ellas destacan los planteamientos de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

24 Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op. cit.*, nota 2, pp. 19-23.

los habitantes de la República y que daban a sus titulares la potestad de exigirlos jurídicamente por medio de la acción constitucional de amparo.[25]

Con estas premisas las Comisiones Dictaminadoras, siguiendo indudablemente los planteamientos que la doctrina había elaborado sobre el tema,[26] señalaron como elementos de las garantías individuales los siguientes:

— Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado (sujeto pasivo);
— Derecho público subjetivo que emana de dicha relación a favor del gobernado (objeto);
— Obligación correlativa a cargo del Estado, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo, y
— Previsión y regulación de la citada relación por la ley fundamental.

En cambio, al referirse a los derechos humanos, las comisiones dictaminadoras encontraron las siguientes características:

— Son universales, porque son para todas las personas sin importar su origen, edad, raza, sexo, color, opinión política o religiosa;
— Son permanentes, porque no pueden limitarse o suprimirse, por el contrario evolucionan para ser más incluyentes;
— Son progresivos ya que satisfacen las necesidades personales y colectivas en continua transformación, se incrementan de la mano del desarrollo social, cultural, económico y político de las sociedades, y
— Son preexistentes al Estado o la norma fundamental y en consecuencia deben ser reconocidos por la Constitución y en el caso de reforma no podrán ser afectados en sus alcances.[27]

En el dictamen se señala entonces como diferencia fundamental que las garantías individuales son los límites de la actuación del poder público consagrados de manera precisa en un texto constitucional y que los derechos

[25] Tesis P/J. 2/97, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. V, enero de 1997, p. 5.

[26] Los planteamientos de las comisiones retoman los elementos que, a decir de Ignacio Burgoa, forman el concepto de garantía individual. Debe decirse, sin embargo, que para dicho autor, el término "garantías individuales" debía sustituirse por el de "garantías del gobernado", pues este último se adecuaba con justeza a su titularidad subjetiva. Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 3, pp. 177-187.

[27] El dictamen puede ser consultado en *http://www.diputados.gob.mx*.

humanos son anteriores y superan el poder público, por lo que aunque no estén consagrados en una Constitución el Estado se constriñe a reconocerlos, respetarlos y protegerlos.

Para llegar a esta conclusión, las comisiones dictaminadoras sostuvieron la diferencia entre las concepciones de corte naturalista establecidas en la Constitución de 1857 y el sentido "netamente" iuspositivista que, según señalaron, contenía la Constitución de 1917. Haciendo un análisis de ambos textos en el multicitado Dictamen se indica que "los derechos humanos son concepciones abstractas, con influencia *ius* naturalista, en tanto que las garantías son concepciones concretas e individualizadas, con un esquema positivista".

Además, en este documento se indica también que en el proceso evolutivo de los derechos humanos, las naciones han ido creando la normatividad que en el ámbito internacional se requiere para fortalecerlos y se menciona en este sentido a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Estos instrumentos jurídicos son considerados al momento de dictaminar la reforma constitucional como la base para el reconocimiento y la protección de los derechos humanos y una de las vías para insertar adecuaciones en el ámbito jurídico de los Estados. Con estos planteamientos, se aceptó proponer la inserción del concepto "derechos humanos" dentro de la denominación del Capítulo I del Título Primero del texto constitucional.

Este cambio abre un nuevo sendero en la concepción de los derechos en nuestro país, pues como señala Juan N. Silva Meza, con la reforma se "busca homologar el lenguaje del texto constitucional con el de los principales cuerpos normativos de fuente internacional, aunque en el interior todavía no se lo uniforme". Además, otro aspecto de gran importancia señalado por Silva Meza es que con estos cambios se acepta la figura de derechos humanos como una de derecho positivo. Para él:

> Por bastante tiempo se ha intentado demeritar la expresión identificándola como un término perteneciente más al ámbito de la moral o la política que al campo del derecho. En demasiadas ocasiones se ha querido reducir a los derechos humanos como pretensiones sociales basadas en una idea de justicia pero sin sustento jurídico. No más de eso. Hoy, apelar a los derechos humanos como fundamento de exigencias sociales, con una argumentación adecuada,

> encontrará el máximo soporte dentro del sistema jurídico con fuerza normativa constitucional.[28]

El ministro Silva refiere que además del cambio lingüístico y del cambio teórico jurídico que implica la reforma constitucional, ésta también conlleva una transformación, desde el punto de vista extrajurídico, en el modo de concebir los derechos. Y es que a partir de la reforma, debe entenderse que las personas:

> no le deben pleitesía, reverencia, acatamiento, sumisión, sometimiento u obediencia alguna al Estado porque les concede graciosamente sus derechos, sino que se sirven de las instituciones estatales y del derecho que las crea, organiza y norma, para que se les reconozcan los derechos por los que históricamente han luchado.

Entonces, "ese cambio de concepción podría también contribuir al más ambicioso cambio cultural de compromiso democrático que se persigue con la reforma constitucional".[29]

A estas consecuencias de distinguir entre derechos humanos y garantías se suma otra de vital importancia, que contrasta de manera evidente con los planteamientos del Constituyente: dejar de lado la idea que se hacía presente tanto en el ámbito teórico como en la práctica jurisdiccional, de que en ausencia de las segundas no se contaba con los primeros. Desde esta perspectiva, como señala el propio Silva Meza, no:

> existía en realidad un derecho si a la par no se establecía una disposición que incorporara por expreso obligaciones correlativas atribuidas a sujetos bien identificados, y más aún si ante el eventual incumplimiento de aquellas se regulaban mecanismos para revertir su infracción.[30]

Esta visión, minimizaba la fuerza normativa de la Constitución y de los tratados internacionales firmados por el Estado mexicano que reconocían derechos. Esto era así, como señala el ex presidente de la Suprema Corte, aunque por lo general se guardaba silencio al respecto, pues simplemente se necesitaba de la omisión de legislación ordinaria que desarrollara dichas obligaciones y garantías para hacer de papel a los derechos. Los derechos

---

28 Silva Meza, Juan N., "El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XVIII, 2012, pp. 154 y 155.

29 *Idem.*

30 *Idem.*

sociales se veían inmersos precisamente en esta situación dada su falta de exigibilidad y justiciabilidad, pues en realidad esos derechos no eran tal cosa, sino que se presentaban como normas programáticas que las autoridades buscaban alcanzar, pero atendiendo simplemente a criterios de oportunismo. Dicho escenario cambió con la reforma constitucional, pues con la distinción expresa entre derechos y garantías para su protección, aunque falten las segundas, no pueden desconocerse los primeros.[31]

Esta tesis ha sido sostenida por Luigi Ferrajoli, quien señala que si se distinguen derechos y garantías, la ausencia de estas últimas no implica la negación de los derechos, sino que equivale, en cambio, a "una inobservancia de los derechos positivamente estipulados, por lo que consiste en una indebida laguna que debe ser colmada por la legislación".[32] Sin embargo, ante la omisión del legislador, los órganos jurisdiccionales tienen una función fundamental para lograr el cumplimiento y la aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al resolver el caso Acevedo Buendía y otros ("Cesantes y jubilados de la contraloría") *vs.* Perú, señaló que en los trabajos preparatorios sobre el contenido del artículo 26 de la Convención Americana era fuerte el interés de los Estados por consignar una "mención directa" a los derechos económicos sociales y culturales. Además, de acuerdo con los planteamientos de la Corte, en dichos trabajos preparatorios, se evidencia que las principales observaciones sobre las cuales la Convención fue aprobada pusieron especial énfasis en "dar a los derechos económicos, sociales y culturales la máxima protección compatible con las condiciones peculiares a la gran mayoría de los Estados Americanos" y, además, se propuso hacer posible la ejecución de dichos derechos mediante la acción de los tribunales. Después de hacer estos apuntes, la Corte observó que:

> el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales ha sido materia de pronunciamiento por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en el sentido de que la plena efectividad de aquéllos "no podrá lograrse en un breve período de tiempo" [*sic*] y que, en esa medida, "requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo […] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [esa] efectividad". En el marco de dicha flexibilidad

[31] Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, p. 156.

[32] Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 43. Se deja así de lado la tesis de Kelsen que concebía al derecho subjetivo como un mero reflejo de una obligación jurídica. Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1979, p. 102.

> en cuanto a plazo y modalidades, el Estado tendrá esencialmente, aunque no exclusivamente, una obligación de hacer, es decir, de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido. Así, la implementación progresiva de dichas medidas podrá ser objeto de rendición de cuentas y, de ser el caso, el cumplimiento del respectivo compromiso adquirido por el Estado *podrá ser exigido ante las instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos.*[33]

El juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor se ha pronunciado también sobre esta materia, a través del voto concurrente que emitió en el caso Suárez Peralta *vs.* Ecuador, donde señala que la justiciabilidad directa de los derechos económicos, sociales y culturales, deriva de la propia Convención Americana. Para sustentar sus afirmaciones, Eduardo Ferrer señala que en la actualidad resultan innegables los avances normativos en los Estados nacionales sobre los derechos sociales y además refiere que estas normas han tenido efectividad en muchas ocasiones por las altas jurisdicciones nacionales, incluso mediante de tutela "directa" y utilizando tratados y diversas fuentes internacionales.[34]

Debe señalarse que la Corte Interamericana, si bien no se ha propuesto desarrollar teóricamente la relación entre derechos y garantías, sí distingue estos dos términos. En la Opinión Consultiva OC-8/87[35] señala que "las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho". Además indica que:

> Como los Estados Partes tienen la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona, también tienen la de proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (artículo 1.1), vale decir, de los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia. [36]

[33] Punto 102 de la sentencia. Cursivas nuestras.

[34] Puntos 74-76 de la sentencia.

[35] De 30 de enero de 1987, sobre el *habeas corpus* bajo suspensión de garantías, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

[36] La Corte Interamericana se refiere constantemente en sus sentencias a las garantías procedimentales o judiciales. Esto sucede, por ejemplo, en los casos García y familiares *vs.* Guatemala; Mohamed *vs*. Argentina; Masacres de El Mozote y lugares aledaños *vs.* El Salvador; Uzcátegui y otros *vs.* Venezuela; Furlan y familiares *vs.* Argentina; Atala Riffo y niñas *vs.* Chile; Familia Barrios *vs.* Venezuela; López Mendoza *vs.* Venezuela; Rosendo Cantú y otra *vs.* México; Fernández Ortega y otros *vs*. México; Mémoli *vs.* Argentina, y Barbani Duarte y otros *vs*. Uruguay.

La Corte considera entonces que existe un vínculo entre ambos conceptos, pero también habla de la relación de éstos con el sistema de valores y principios que los inspira. Además, añade que: "En una sociedad democrática los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de derecho constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de los otros".

Todos estos planteamientos, evidencian que la idea de diferenciar a los derechos de las garantías implica más que una simple distinción semántica, pues una construcción conceptual adecuada determina la forma en que se entienden los derechos y favorece de manera importante su eficacia al dar a la Constitución verdadera fuerza normativa.

Ahora bien, si el primer párrafo del artículo 1o. indica que en nuestro país todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte, pero también de las garantías para su protección, cabría preguntarse si dichas garantías se ubican sólo en el primer capítulo del texto constitucional. Sobre el particular puede decirse que incluso desde antes de la reforma constitucional, siguiendo las ideas de Ignacio L. Vallarta, gran parte de la doctrina pensaba que no podía considerarse que las garantías se encontraran sólo en los primeros veintinueve artículos de la Constitución, pues era posible que éstas se hicieran extensivas a otros preceptos de nuestra ley fundamental, cuando implicaran una explicación, ampliación o reglamentación de las normas que expresamente las previeran.[37]

Esta idea adquiere renovados bríos con la reforma de junio de 2011, pues de ninguna manera podría interpretarse la denominación del Capítulo I del Título Primero o los contenidos del primer artículo de la Constitución en sentido restrictivo; por el contrario, pueden considerarse como garantías todas aquellas normas que establezcan obligaciones (de prestación) o prohibiciones (de lesión) a favor de las personas, así como aquellas que instituyan mecanismos para reparar o sancionar sus violaciones.[38] Ignacio Burgoa señala como un ejemplo en este sentido que:

> Las fracciones II, III, etc., del… artículo 123 fijan las condiciones del desempeño del trabajo y, cuando alguna autoridad las viole en perjuicio de una persona, evidentemente, y a nadie se le ocurriría lo contrario, procede el amparo, no obstante que la supuesta violación se comete contra un precepto constitucional no comprendido dentro de los veintinueve primeros artículos.[39]

[37] Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 3, p. 188.

[38] Se sigue aquí el pensamiento de Ferrajoli en *op. cit.*, nota 32, p. 43.

[39] Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 3, p. 188.

Finalmente es pertinente preguntarse si después de la reforma de 2011 existen en México las garantías adecuadas para la protección de los derechos. Al respecto, debe considerarse que en nuestro país rigen diversas normas, nacionales e internacionales, que contemplan medios de protección de los derechos humanos, así como disposiciones que imponen límites a la actuación del Estado y obligaciones prestacionales a cargo de éste para hacer efectivos esos derechos; sin embargo, la situación que se vive en el país muchas veces hace patente que estos fines están lejos de cumplirse.

Los abusos cometidos por la policía y las fuerzas de seguridad que implican tortura, detenciones arbitrarias o incluso desapariciones forzadas; los ataques a los derechos humanos de periodistas o defensores de derechos humanos; la discriminación y violencia que sufren los indígenas, las mujeres y los migrantes, entre otros grupos vulnerables, sin que tengan posibilidades reales de reparación, así como un inadecuado sistema de justicia cuyos resultados son frecuentemente la impunidad y agresiones a las víctimas,[40] son sólo algunos de los problemas que demuestran que muchas veces el tema de derechos humanos se queda en el ámbito de la retórica, pues aunque los cambios constitucionales son un avance de gran importancia, los estándares internacionales de derechos humanos no se ven reflejados en la práctica.

La Convención Americana, por ejemplo, impone la obligación al Estado mexicano de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en ella a todas las personas que se encuentren en su jurisdicción, pero dicha obligación no se cumplirá si nuestro país no organiza "todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos". Y es que, como ha señalado la Corte Interamericana, esta obligación no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía de ese libre y pleno ejercicio de los derechos humanos[41]. Hasta que esta condición no se cumpla, las reformas no tendrán la plena eficacia que demanda la sociedad mexicana.

---

[40] Amnistía Internacional, *Los retos de México en materia de derechos humanos*, Secretariado Internacional de Amnistía Internacional, Londres, 2014, p. 3.

[41] Caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988.

LA CONSTITUCIÓN DE 1917 Y EL LIBERALISMO COLONIAL

Germán MEDARDO SANDOVAL TRIGO*

¿Coyote o perro? Si me acerco a un coyote pensando que es un perro mis problemas de conocimiento son distintos a los que tengo cuando me acerco a él pensando que es un coyote. En los dos casos puedo tomar las precauciones necesarias, pero en el primero parto de la idea de que trata de un perro de una especie de perro y observo sus semejanzas y diferencias con el perro, mientras en el segundo observo su comportamiento como coyote, de coyote.[1]

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Pacto social: contrato de adhesión*. III. *Paradoja liberal*. IV. *1917: repetición y subalternidad*. V. *Liberalismo colonial*. VI. *Conclusión*. VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Luego de la primera década del siglo XXI se han acentuado diversos problemas sociales en nuestro país, la región y el mundo. En el mismo sentido, los conceptos clásicos de la filosofía política han sufrido el desgaste natural del alejamiento de los conceptos del siglo XIX hacia nuestros días. La antigua

* Docente investigador de la Facultad de Derecho de la UNAM. El maestro Germán Medardo Sandoval Trigo, es candidato a doctor por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y es profesor, entre otras materias, de sociología general y jurídica y filosofía del derecho en la facultad de derecho de la misma casa de estudios, así como en la unidad de posgrado.

1 González Casanova, Pablo, *Historia y sociedad*, México, Instituto de Investigaciones Sociales-UNAM, 1987, Cuadernos de teoría política, p. 31.

solución tecnócrata de creación de leyes y reformas constitucionales, como eje discursivo de la transformación social, ha contorneado nuevas formas a los mismos problemas de antaño, poniendo cada vez más en lontananza, el horizonte de la creación de alternativas que sostengan nuestras ya putativas esperanzas. Por desgracia, las representaciones teóricas de nuestros días se parecen cada vez menos al objeto que pretenden representar; sin embargo, a su vez, se produce una gran paradoja entre el observador y su mirada que no le permite ver más allá del instrumento que le posibilita su contemplación. De ello que, no sólo están en crisis las realidades que habitan y se deslizan por fuera de la teoría, sino también los productos teóricos que permiten describir los problemas y determinar la orientación de las soluciones.

Actualmente, la "universalización" del liberalismo democrático continúa siendo uno de los principales hitos de las representaciones sociales, así como el esfuerzo de la uniformidad de los "anhelos" de occidente plasmado en la concepción de los derechos humanos. Bajo esta tesitura, la estampa de la Constitución sigue siendo uno de los principales pilares del pensamiento occidental, por tanto, la composición del Estado moderno prefiguró su diseño a partir de los contornos de cada nación, cuyos anhelos se integraron en la representación objetiva del orden político y a partir de la aplicación del Estado de derecho pretendieron cumplir su *telos*, pues dentro del discurso liberal, los fines del Estado reafirman la solidez del ficticio pacto social. Sin embargo, la afinidad de las estructuras políticas de las metrópolis ilustradas, su discurso y sus composiciones teóricas, son disímbolas en cuanto a fondo y forma de las sociedades periféricas e incluso para algunas metrópolis que comienzan a incluirse en las zonas de exclusión.

Por tanto, la relación de los fundamentos desde la filosofía política occidental presenta una historia unilineal, de progreso ilustrado y de interpretaciones *circulares* desde la teoría política moderna a partir de su propia referencia. Hoy , ante el vacío hegemónico de otros discursos políticos y la reproducción de su propia representación, se ha calcado al sistema liberal en los contenidos materiales y las estructuras formales de nuestros sistemas jurídicos, sin tomar en cuenta diferencias, procesos y contextos. De ello que la representación hegemónica de la historia constitucional carezca de otras realidades y visiones más allá de la validada por los vencedores, pero que quizá desde los problemas de nuestros días, podríamos cuestionarlos hacia atrás, de manera diacrónica sobre los otros fragmentos y relatos que enriquezcan la realidad, a partir de una concepción emergente, que ha sido silenciada y encubierta. Quizá a partir de éstos últimos, tendrían sentido algunos problemas que aquejan a nuestro esquema del orden social y sólo

entonces, valdría la pena dibujar alternativas sobre la construcción de soluciones.

En este sentido, es importante dar pauta a una posición de conocimiento que relativo, mas no relativista, cumpla como orientación dialógica y diatópica, el ejercicio del debate y el ejercicio de los saberes, antes que la imposición de una verdad totalizadora. Es necesario pensar los problemas desde otro ángulo para construir razonamientos que apunten en otras direcciones y desde otros fundamentos, también lo es mirar hacia atrás desde una visión que nos permita contemplar diversas causas de las problemáticas contemporáneas, fuera de la repetición infinita de los marcos tradicionales. Bajo este orden de ideas, este documento no pretende rivalizar con los dictámenes clásicos, pues su posicionamiento epistémico parte desde las epistemologías del Sur, desde un tono diferente que se sitúa en una concepción sociológica y que en este documento se postra frente a la Constitución política y jurídica de nuestro país, pero bajo una condición singular: desde las luchas sociales y relaciones concretas que pretenden ejercer los derechos y no necesariamente, desde la descripción abstracta y universal de los sujetos de derecho.

Al respecto, usando la cartografía simbólica de las representaciones sociales,[2] particularmente la noción de simbolización, es posible explicar las descripciones clásicas que llevan a cabo la teoría y filosofía política de la Constitución como un tipo de simbolización bíblico. Al respecto Boaventura de Sousa Santos nos dice que "la simbolización es la cara visible de la representación de la realidad" al respecto, que a la par de la obra de Auerbach considera que existen dos posiciones de ésta, la del estilo homérico y la del estilo bíblico:

> La *Odisea* describe la naturaleza trágica y sublime de la vida heroica, en una descripción totalmente exteriorizada, uniformemente iluminada, con todos los acontecimientos ocupando el proscenio y a todos siendo atribuido un significado inequívoco, sin perspectiva sicológica ni lastre histórico. Al contrario, la Biblia representa lo sublime y lo trágico en el contexto de la vida común, cotidiana, y la descripción es sensible a la complejidad de los problemas humanos, destacando algunos aspectos y dejando otros en la oscuridad, y se caracteriza por lo no dicho, por los trasfondos, por la ambigüedad de los sentidos y por la precariedad de las interpretaciones a la luz del devenir histórico.[3]

---

[2] Sousa Santos, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente,* España, Desclée de Brouwer, 2000, pp. 246-250.

[3] *Idem.*

En este sentido, la narrativa sobre la que se ha construido la representación del proceso constitucional (y no el derecho constitucional) se ha centrado en una simbolización de tipo bíblico, en el que engloba lo general y encubre lo no dicho, destacando sus ejes por lo ambiguo y la precariedad de las interpretaciones a la luz del devenir histórico. Tan es así que se ha definido el proceso histórico de la constitución nacional siguiendo el reflejo de la continuidad histórica de otras latitudes. Bajo esta línea es relevante destacar que no es posible tomar como todo a la parte y como parte al todo, nos conduce a imprecisiones argumentativas, racionales e históricas, de ello que la uniformidad de la historia de la modernidad, no es la misma que de las colonias, lo implica una asimilación diferente de los procesos estructurales de la organización social y el derecho.

II. Pacto social: contrato de adhesión

Tomando en consideración lo dicho hasta ahora, es imposible negar la relevancia de los héroes que nos dieron patria, como también lo es contar la historia de nuestras instituciones como procesos uniformes y sistémicos. La idea de cimentar la construcción de un proceso nacional desde un grupo determinado y sostenerlo como un proceso homogéneo y consensado, también nos hace sospechar de la racionalidad que lo justifica.

La fundación del México independiente se atribuye a diversos actores y transformaciones del orden colonial, así como la natural concentración del discurso en la clase criolla[4] que en pujanza del desarrollo socio-económico, abrazó los medios ilustrados como fines propios en la Nueva España. De ello que la libertad fue usada como el centro de la emancipación social. Sin embargo, no debemos dejar de lado que:

> En nombre de la libertad y su posible realización, hombres concretos pueden ser encadenados, apresados y aniquilados. La libertad deja de ser algo concreto, la encarnación cada vez más amplia de su espíritu en la humanidad, convirtiéndose, por el contrario, en una abstracción utilitaria, puesta al servicio de fines que niegan la misma libertad, que niegan el espíritu como libertad.[5]

Por tanto, paradójicamente en *pro* de la libertad, desde la concentración de clase al respecto de medios y fines de la emancipación, pudo haber-

---

4 El término clase comprendido según Weber.

5 Zea, Leopoldo, *Dialéctica de la conciencia americana*, Madrid, Alianza, 1976, p. 19.

se ejercido una dominación sobre otras libertades. De tal suerte que cabe preguntarnos si la mayoría de los sujetos racionales del México *pro* independiente quería la liberación en dichos términos discursivos. Vale la pena recordar que normalmente se engrandecen los ánimos e influencias libertarias de aquellos tiempos, y se rasgan vestiduras defendiendo a los próceres de la patria, lo que conlleva a fortalecer el estilo bíblico.

A mi juicio, lo importante no es determinar si fueron ideas originales las que aparecieron en los primeros documentos del México independiente, ya que tantos siglos de coloniaje y la somera ilustración que había permitido la metrópoli, impidieron generar ideas o instituciones originales. Lo fundamental fue cómo aquellos primeros constituyentes lograron transplantar a su medio lo más adelantado del pensamiento liberal del siglo XVIII y lo mejor de las doctrinas constitucionales de su época.[6]

Por ello se centra más el discurso en llenar las lagunas de los participantes y los discursos y anhelos en los actores principales, de ello que el ejercicio de la libertad se ha concentrado en personajes y no en las colectividades, como tampoco en las ideas sobre las diferentes libertades.

Bajo este cuestionamiento, los anhelos de conformar un eje político que sostuviera la representación eurocéntrica del ejercicio soberano y de la configuración de una nación, por sí mismos se ponen en tela de juicio. Primeramente, es importante tomar en cuenta que la nación en el sentido ilustrado se comprende como un ejercicio histórico que parte de la cohesión social, desde la cultura y de los procesos de integración de los actores político-sociales al respecto de las finalidades del Estado. Sin embargo, mientras que en los sistemas políticos y jurídicos en occidente guardaban una linealidad histórica y un linaje contextual, se copiaron como un recetario para la creación de una *nueva* nación americana, bajo la dimensión de la expresión criolla, sin respetar los contenidos y representaciones de la realidad social mexicana.

El interesante, pero cuestionable informe de Revillagigedo[7] de 1790 establece una realidad social particular, que bajo el influjo político y los arriesgados métodos de medición y censo de la población, nos arroja información distante que nos puede servir de una lejana inferencia sobre la sociedad preindependentista de aquellos años. Nos muestra la estratificación social derivada de los procesos de marginación y segregación social entre: españoles, mestizos e indígenas (castas). No precisa en detalle el número total de habitan-

---

6 Rabasa, Emilio, *Historia de las Constituciones*, 2a. reimpresión, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2000, p. 16.

7 Zea, Leopoldo, *op. cit.*, p. 19.

tes pero sí porcentajes aproximados. Señala que 60 por ciento de la población era indígena, menos de 0.2 por ciento era española y el resto mestiza.

Bajo este proceso, vale la pena preguntarse sobre la concepción de nación construida desde el fervor independiente de un grupo de entusiastas nacionalistas. La pregunta es relevante dado que el proyecto de nación independiente situó, tanto a posiciones políticas e instrumentos jurídicos, en el horizonte del imaginario colectivo las aspiraciones de la emancipación y la libertad. Tal como se realizó en Francia, las ideas de la "Nación" como un medio coherente, uniforme, y bajo un mismo proyecto social, emergía bajo el entrenamiento rosseauniano de la soberanía popular.

Sin embargo, los anhelos sociales que se encontraban marginados en las periferias, fueron encubiertos por ideas y construcciones racionales dependientes de las metrópolis y centro de la producción del conocimiento validado por las estructuras ilustradas. De ello, que los procesos de aculturalidad y la constante transculturalización del México colonial hasta el México institucional, haya configurado plenamente el caldo de cultivo sobre la dependencia de las estructuras formales y contenidos materiales del derecho. La migración de los anhelos eurocéntricos de providencia ilustrada se presentaron como la continuación de la "palabra" pronunciada por los liberadores europeos y predicada por los apóstoles de la libertad mexicana. Un claro ejemplo: José María Morelos y Pavón.

En el conocido escenario de los Sentimientos de la Nación el afán libertador de Morelos interpretó de manera contextual la liberación de la nación francesa rousseauniana y lo trastocó hacia una concepción mestiza-criollo-catolizada, pero *emancipatoria*. Al respecto, la lectura intracontextual del pensamiento de liberación mexicano se centró en un discurso eclesiástico de un tipo de nación, religión y por ende condición social. Su proyecto en realidad no se trataba de concebir un proyecto único nacional sino de homogenizar la diferencia por vía del sometimiento y la exclusión de los indígenas y otros grupos sociales, tal como hacían los propios españoles al respecto de los criollos. Por lo interior, vale la pena subrayar su contenido.

1o. Que la América es libre independiente de España y de toda otra nación, gobierno o monarquía, y que así se sancione, dando al mundo las razones.

2o. *Que la religión católica sea la única, sin tolerancia de otra.*

3o. Que todos sus ministros se sustenten de todos y solos los diezmos y primicias, y el pueblo no tenga que pagar más obvenciones que las de su devoción y ofrenda.

4o. Que el dogma sea sostenido por la jerarquía de la Iglesia, que son el papa, los obispos y los curas, porque se debe arrancar toda planta que Dios

no plantó: *omnis plantatis quam non plantabit Pater meus Celestis cradicabitur*. Mat. Cap. XV.

5o. *Que la soberanía dimana inmediatamente del pueblo, el que sólo quiere depositarla en el Supremo Congreso Nacional Americano, compuesto de representantes de las provincias en igualdad de números.*

6o. *Que los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial estén divididos en los cuerpos compatibles para ejercerlos.*

7o. Que funcionarán cuatro años los vocales turnándose, saliendo los más antiguos, para que ocupen el lugar los nuevos electos.

8o. La dotación de los vocales será una congrua suficiente y no superflua, y no pasará por ahora de 8,000 pesos.

9o. *Que los empleos sólo los americanos los obtengan*.

10o. *Que no se admitan extranjeros, si no son artesanos capaces de instruir, y libres de toda sospecha.*

11o. *Que los Estados mudan costumbres, y por consiguiente la patria no será del todo libre y nuestra, mientras no se reforme el gobierno, abatiendo el tiránico, substituyendo el liberal, e igualmente echando fuera de nuestro suelo al enemigo español, que tanto se ha declarado contra (nuestra patria/esta nación).*

12o. Que como la buena Ley es superior a todo hombre, las que dicte nuestro Congreso deben ser tales, que obliguen a constancia y patriotismo, moderen la opulencia y la indigencia; y de tal suerte se aumente el jornal del pobre, que mejore sus costumbres, alejando la ignorancia, la rapiña y el hurto.

13o. Que las leyes generales comprendan a todos, sin excepción de cuerpos privilegiados; y que éstos sólo lo sean en cuanto al uso de su ministerio.

14o. *Que para dictar una Ley se haga Junta de Sabios, en el número posible, para que proceda con más acierto y exonere de algunos cargos que pudieran resultarles.*

15o. *Que la esclavitud se proscriba para siempre, y lo mismo la distinción de castas, quedando todos iguales, y sólo distinguirá a un Americano de otro el vicio y la virtud.*

16o. Que nuestros puertos se franqueen a las naciones extranjeras amigas, pero que éstas no se internen al reino, por más amigas que sean, y sólo habrá Puertos señalados para el efecto, prohibiendo el desembarque en todos los demás, señalando el diez por ciento.

17o. Que a cada uno se le guarden sus propiedades, y respete en su casa como en un asilo sagrado, señalando penas a los infractores.

18o. Que en la nueva legislación no se admita la tortura.

19o. Que en la misma se establezca por Ley Constitucional la celebración del día doce de diciembre en todos los pueblos, dedicado a la patrona de nuestra Libertad, María Santísima de Guadalupe, encargando a todos los pueblos la devoción mensual.

20o. Que las tropas extranjeras, o de otro reino, no pisen nuestro suelo, y si fuere en ayuda, no estarán donde la Suprema Junta.

21o. Que no se hagan expediciones fuera de los límites del Reino, especialmente ultramarinas, pero que no son de esta clase propagar la fe a nuestros hermanos de tierra dentro.

22o. Que se quite la infinidad de tributos, pechos e imposiciones que nos agobian, y se señale a cada individuo un cinco por ciento de semillas y demás efectos u otra carga igual de ligera, que no oprima tanto, como la alcabala, el Estanco, el Tributo y otros; pues con esta ligera contribución, y la buena administración de los bienes confiscados al enemigo, podrá llevarse el peso de la Guerra, y honorarios de empleados.

Luego de leer los Sentimientos de la Nación, me gustaría recapitular las estadísticas de población arriba aludidas, pues más de 60 por ciento de la población era indígena (y aunque es debatible el contenido de este censo, no sólo por su medición sino por la holgura de sus datos ya que puede ser que la población indígena aun fuera superior),[8] sin embargo, la aspiración de Morelos era sostener a la religión católica como única fe, sin concordancia con otras aspiraciones sociales; su defensa se puede entender como un ejercicio de intolerancia totalitaria que desplazó a lo marginal y a la exclusión las convicciones de fe sostenidas y resistidas por muchos pueblos originarios. De la misma suerte, aspirando a convertirse en el Rosseau mexicano, usó el discurso sobre el origen de la soberanía y luego la canalizó a una autoridad que como todo buen principal, hablaba en nombre del silente, ausente e indígena subalterno. También decidió la división de poderes y la exclusión de los extranjeros. Incluso la redacción de esta bella acta que surgió de la emergente nación mexicana, se suscribió en español y no en otro idioma prehispánico.

No es difícil darse cuenta, que el giro epistémico de Morelos no estaba situado en los albores de la cultura prehispánica, sino que por el contrario estaba cegado por la iluminación de la divina ilustración. Por tanto, la forma de gobierno, organización política y los fundamentos de la racionalidad subjetiva, que indicaba hacía dónde conducir a su emergente nación, se entregó al uso totalitario del saber moderno. Las preguntas obvias, acentúan la violencia del discurso sobre quién determina qué, cómo, cuándo y dónde se ejerce el Poder. De ello que para llegar al buen gobierno era necesario desechar al tiránico y sustituirlo con otro despótico: el liberal, pues tal como señala Pablo González Casanova: "Romper la maldición colonial es tarea de titanes que imitan con exactitud y hasta inventan con imaginación el espectáculo metropolitano".[9]

8 Navarrete Linares, Federico, *Los pueblos indígenas en México*, México, CDI, 2008, Pueblos Indígenas del México Contemporáneo, p. 38.

9 González Casanova, Pablo, *op. cit.*, p. 30.

El clamor general de la "parte", fue la que construyó el todo nacional desde el sometimiento de un imaginario colectivo de la clase criolla, que vinculó a las diferentes naciones a un solo proyecto de autovalidación. Pues:

> En el proceso de liberación del pensamiento colonial un discurso que se propone seriamente ser el discurso de una colectividad, de un pueblo, de una nación, que se enfrenta a la "retórica coercitiva" de las formas que nada tienen que ver con la realidad, o a la falsa impersonalidad y objetividad de "la Ley", crea la conciencia de la realidad concreta al buscar las afiliaciones de los seres reales, tal y como éstas son, pero explorando al mismo tiempo su capacidad de unirse en un tipo de solidaridad social que corresponde a las posibilidades históricas de realizar lo normativo. El llamado ético-político del discurso, que busca en la determinación la posibilidad histórica, necesariamente pasa de la comprensión de las estructuras de la amistad y el clientelismo a las estructuras de clase en que éstos caen, pero no para renegar de aquéllas sino para reformularlas en términos de acercamiento o solidaridad frente a lo que a menudo se llama el enemigo.[10]

Dentro del imaginario colectivo de los criollos, el ideario de Nación fue sostenido por el anhelo de unidad de una comunidad pensada desde la igualdad, libertad y fraternidad francesas, cuyos valores se dirigían al mismo puerto, pero que las diferencias de clase, raza, cultura y condición se hicieron patentes en la exclusión de los actores, anhelos e ideas de aquellos que no estuvieran legitimados por la autoridad que ejercía el dominio de la palabra de Dios y de la Libertad. De tal suerte, que aquellos que quisieran sumarse al planteamiento de la clase que pretendía detentar el poder, fueron sumados a sus concepciones libertarias, pero en los términos de reivindicación moderna o tradicional de cuño eurocéntrico, sin tomar en cuenta otros discursos o aspiraciones. Dicho lo anterior, hay que destacar que el pacto social tiene su principal fundamento en el ejercicio autónomo de la libertad.

III. Paradoja liberal

Particularmente, desde una visión netamente sociológica, tal concepción corresponde a la efervescencia colectiva llamada Ilustración, compartida sin duda por el proceso histórico que determinó la transformación paradigmática en Europa. En este sentido, era natural para los ilustrados suponer el ejercicio de que dicha libertad construyera un nuevo parámetro de realidad,

[10] *Ibidem*, p. 42.

y por tanto, reconfigurara todos los moldes del plano social. Ciertamente en Francia, luego de la Revolución francesa, las representaciones sociales cambiaron y el imaginario colectivo urgió a llenar los vacíos empíricos de poder y de fundamentación racional del orden social.

Lo que nos hace pensar en el diagnóstico aportado por la sociología clásica de Emile Durkheim, pues la construcción de los hechos sociales materiales no pueden preceder a la existencia de los hechos sociales inmateriales, en tal caso, los materiales carecerían de sentido. De lo anterior, resulta obvio que al construir la coerción sólo como ejercicio de la violencia y adaptación del sujeto al entorno social, sin que éste valide los contenidos, valores e ideas sobre los que se contempla la acción, devendría en anomia.

Por lo que al pensar en la idea de la nación mexicana como proceso de organización criolla-independentista, debemos hacerlo primero, desde estas reglas que idearon a la libertad desde un imaginario particular y después hicieron obligatorio su planteamiento dentro del derecho a partir de la configuración del orden social. De acuerdo a lo anterior, cuando la ilustración fue avistada como horizonte en lontananza, los criollos latinoamericanos y en concreto en México pretendieron invertir la producción social, comprendiendo que primeramente las ideas contenidas por un grupo y luego expresada en instrumentos jurídicos, podría cambiar la relación sobre la producción del imaginario social "nacional". Es otras palabras, primero un grupo social replanteó el paradigma ilustrado y lo propagó por "decreto" en un conjunto de documentos de contenido normativo, para al fin trascender de un estado colonial a uno moderno, libre y soberano. He ahí parte del alma institucional de México, mientras que las otras experiencias resisten, viven y coexisten en nuestra realidad.

Regresando al punto, los procesos europeos que siguieron del Estado nación al Estado moderno, tuvieron un proceso histórico de no menos de cuatro siglos, mientras que por el contrario, en México se saltó de la diferencia pluriétnica colonial a la concepción de la Nación criolla-ilustrada, en menos de 20 años. Vale la pena tomar en cuenta, desde luego con base en la simbolización de carácter bíblico, que no es posible determinar cuántas personas en el periodo independentista hablaban español, sin embargo, algo que puede advertirse de los documentos históricos es que la clase criolla pensaba en francés. Por lo anterior, es notable que la cercanía del proyecto nacional tomó la bandera de la clase criolla, sin tomar en cuenta otros contenidos discursivos, culturas, lenguas o actores, por lo que podemos establecer que si bien es cierto se transitó hacia un contrato social, éste lo hizo en términos de un contrato de adhesión, en el que los contenidos están definidos por una de las partes contratantes, mientras que la otra se somete

a sus contenidos en plena obediencia, tanto como en el periodo colonial e independiente.

La lógica republicana que se impuso a lo largo del siglo XIX, y que partía del principio de la igualdad y de la universalidad de los derechos ciudadanos, no podía ser más distinta, en teoría, a la del régimen colonial.[11]

Pero en la práctica, desde la Constitución de Cádiz, Los Sentimientos de la Nación, el Congreso de Chilpancingo como tránsito hacia la constitución de Apatzingán, se creó por decreto la realidad de una "América Mexicana", que bajo el discurso eurocéntrico de la soberanía y libertad ilustradas, originó una profunda paradoja, que para este texto es importante señalar como la paradoja liberal, pues atendiendo a la proximidad del principio de inclusión, excluyó a todo aquello que no representara su mismo anhelo. Para la filosofía política puede comprender este fenómeno como un error de apreciación, sin embargo, la sociología y sobre todo una sociología que mira desde abajo, se sitúa en la visión del oprimido, desde el discurso subalterno, cuya perspectiva se centra en la fundamentación de una nación criolla que segregó a los indígenas y afroamericanos, herencia del colonialismo.

A pesar de que la soberanía residía en el pueblo, éste se refería a la clase de la que emerge fundacionalmente su idea y no de la sociedad pluriétnica o racial que existía en el país, sino más bien la voluntad soberana, era de una sola clase, que tenía su ejercicio en los términos de la Constitución y la limitación del ejercicio de poder. Los contenidos políticos se situaron como un completo ejercicio de *poder* o ejercicio de violencia fundadora. A imagen y semejanza, a la par del empeño de la creación de un poder, capaz de fundar una nación, se sostiene también el ejercicio de conservación. Para ello es necesario crear y establecer la claridad de un sistema jurídico que contenga la perspectiva del vencedor sobre el vencido, que mantenga sus valores y que establezca las prohibiciones de la alteración de tales dimensiones.

Este punto es tan importante, que vale la pena tomarlo en cuenta como fundador de la misma paradoja inclusión-exclusión, que sostiene el ideario del control político como ejercicio del orden de clase que prevalece hasta nuestros días. De nueva cuenta, con inspiración de la concepción francesa de la soberanía, se sostiene desde el ejercicio totalitario de la condición, que se puede expresar explícitamente en la concepción del precontractualismo de Boaventura, pues señala que: "El pre-contractualismo consiste, por su

[11] Navarrete Linares, Federico, "¿Qué significaba ser indígena en el siglo XIX?, en León-Portilla, Miguel (coord.), *Los indígenas en la independencia y revolución mexicana*, México, INAH-UNAM, 2010, p. 175.

parte, en impedir el acceso a la ciudadanía a grupos sociales anteriormente considerados candidatos a la ciudadanía y que tenían expectativas fundadas de poder acceder a ella".[12]

Bajo estas reglas, la idea de inclusión sostenida por el pacto social insurgente, configuró el marco distintivo sobre el que se determinaron las reglas de inclusión: con ideales franceses, desde el idioma español y para la concepción del ejercicio soberano del poder criollo. Por tanto, la refundamentación de los derechos constituyó el principio del marco del ejercicio político, pues el poder se centralizó en el uso de las instituciones que suplían al gobierno tiránico, con las estructuras y funciones de otro principio de gobierno totalizante.

A efecto de responder desde el fundamento eurocéntrico, el porqué de la posible finalidad de la paradoja liberal, me hace dar cuenta de un argumento fuera de la descripción sociológica. El aporte de la fundamentación de la violencia insurgente e independentista en la Constitución de Apatzingán, tiene el valor histórico de supeditar los medios para su conservación como un medio de organización colectivo que es capaz de conservar sus propios valores con base en la violencia. Esto puede explicarse en términos de Walter Benjamin, ya que su concepción del poder (en lo conducente *Gewalt*) se entiende como un uso de la violencia con dos finalidades, la fundación y medio de conservación. Primeramente el fundamento del derecho natural atiende a un principio de justiciabilidad que determina el rompimiento de un orden que se opone a estos anhelos de justicia, por lo que se legitima la violencia como medio de irrupción y transformación de ese estatus para fundar uno nuevo. De ello que normalmente, las normas de derecho positivo, se utilizan para conservar esos mismos valores y ordenarlos bajo la coerción del Estado.[13] Por tanto, la creación de una nueva nación, significó para los criollos una violencia fundadora. Como dice Benjamin:

> Aunque su violencia fundadora no tiene por qué estar inmediatamente presente en el momento de su formulación, está representada en él bajo forma del poder que lo garantiza y que es su origen violento, y ello, sin excluir la posibilidad de que ese mismo poder se incluya por su fuerza como parte legal del contrato.[14]

[12] Sousa Santos, Boaventura de, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, Ecuador, Aby Yala, 2004, p. 15.

[13] Véase Benjamin, Walter, *Iluminaciones IV. Para una crítica sobre la violencia y otros ensayos*, 3a. ed., trad. de Roberto Blatt, España, 2001, pp. 23-45.

[14] *Ibidem*, p. 33.

De este modo, los fines del derecho se configuraron a partir de la propia vocación de los instrumentos jurídicos que determinan la fundación de la nueva nación criolla, teniendo como esencial fin el orden violento del derecho, para incluir a todos aquellos que no lo hagan por convicción, desde la violencia de los fines propios del derecho.

El *Gewalt* proveniente del orden constitucional del movimiento independiente que transgredió el orden de la España continental e incluyó por su propia naturaleza a las demás culturas que se encontraban dentro de su ámbito de aplicación. De ello, que por algunos tratadistas se plantee el proceso legal colonial como una notable estabilidad en los derechos de los indígenas, que incluso fue posible usar alternativamente como eje emancipatorio.

Más específicamente, en el marco del régimen colonial, ser indio implicaba un estatus de inferioridad jurídica, el sometimiento a la "tutela" legal de la Corona y la obligación de pagar tributo, en especie, moneda y trabajo a ésta. Por otro lado, confería derechos legales específicos vinculados con la pertenencia a una república de indios, es decir, de una colectividad segregada y autogobernada, con atribuciones claramente establecidas por la legislación española. El marco legal colonial no sólo otorgó derechos particulares a las comunidades y a los individuos indios, sino que también les dio las herramientas legales para defenderlos. El más importante, desde luego, fue el reconocimiento legal de la propiedad colectiva de la tierra, adscrita a la comunidad.[15]

Al respecto, el uso del derecho moderno convergió con las aspiraciones de la filosofía política eurocéntrica, a tal punto, que la emergencia y necesidad de articulación emancipatoria recurrió a la fundamentación del proceso independentista en la recurrencia de la fundamentación del discurso principal sobre el subalterno. La racionalidad y el ejercicio discursivo sobre el que se determina la validez de la violencia fundadora, contienen un claro ejercicio de transculturización sobre la justificación a ultranza de los ideales sobre los que la base institucional de México fue construida.

En este mismo orden de ideas, los criollos como clase dominante tomaron el lugar principal del ejercicio del poder político y jurídico, por lo que las instituciones debían moldearse de conformidad con una nueva organización que les permitiera contener el ejercicio de la violencia. En el caso: ¿Y si los indígenas del siglo XIX hubieran querido independizarse de México? La sugerente respuesta de la historia quizá se plantee en la nugatoria del ejercicio de sus derechos, como moneda de cambio del derecho *positivo*.

15 Navarrete Linares, Federico, "*¿Qué significaba ser…*", *cit.*, p. 173.

Regresando al planteamiento sociológico, la voz que se hizo prevalecer, encontró su fuerza a partir del discurso acreditado en Europa como eje de emancipación. De nuevo el encubrimiento de las otras voces en la historia constitucional se narra por ausencias y omisiones. La consciencia jurídica y política convergió en la fundación de la clase y nación criolla, cuya conservación se perpetuó en términos de la violencia estatal. Estos procesos sustituyeron a los actores sociales con realidades concretas y los encubrieron detrás de categorías generales, abstractas y universales. La nación fue homogenizada desde la violencia del derecho, y creada por el decreto unilateral del poder soberano de la parte sin el todo.

Estos medios configuraron la expresión total del alma de este documento, pues la raíz trasplantada de otro ambiente social dio cause a solidificar las diferencias entre raza, sexo, etnia, nación y condición de los habitantes de nuestro país. Al respecto, es importante notar que en la Constitución de Apatzingán, el eje toral de la organización política se sostuvo por el ejercicio de la dependencia intelectual y el pragmatismo de las necesidades de contención del poder. De esta manera los modelos progresistas como el liberalismo y el federalismo (1824), fueron las únicas alternativas viables para el reacomodo del ejercicio político emancipador, contra la monarquía.

De lo anterior, se hace natural que el ejercicio de la ciudadanía y de poder político de fórmula rousseauniana, transformara la realidad social desde una nuevo fundamento de violencia, como ejemplo, vale la pena mirar a los artículos 4o., 5o., 7o. y 9o. se anteponen totalmente con los artículos 16, 18 y 20 de la Constitución de Apatzingán, pues no permiten el ejercicio de otra fundamentación de derecho, y someten al ciudadano a una violencia como medio de conservación.

> Artículo 4o. Como el gobierno no se instituye para honra o interés particular de ninguna familia, de ningún hombre ni clase de hombres; sino para la protección y seguridad general de todos los ciudadanos, unidos voluntariamente en sociedad, éstos tienen derecho incontestable a establecer el gobierno que más les convenga, alterarlo, modificarlo, y abolirlo totalmente, cuando su felicidad lo requiera.
>
> Artículo 5o. Por consiguiente la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la constitución.
>
> Artículo 7o. La base de la representación nacional es la población compuesta de los naturales del país, y de los extranjeros que se reputen por ciudadanos.
>
> Artículo 9o. Ninguna nación tiene derecho para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de la

fuerza: el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones.

De la lectura de los anteriores artículos es posible determinar cómo se establecen las facultades sobre las que el poder soberano puede transformar su forma de gobierno y se garantiza la plenitud del mismo. Es importante dar cuenta de que el orden político está determinado por la clásica división de poderes liberal y se hace valer de acuerdo a los fundamentos institucionales que lo sostiene. Por lo que de acuerdo a la paradoja liberal, los artículos 16, 18 y 20 cancelan la opción de transformar las formas de gobierno, e incluso criminalizan los ataques a la transformación del orden social.

Artículo 16. El ejercicio de los derechos anexos a esta misma calidad, se suspende en el caso de sospecha vehemente de infidencia, y en los demás casos determinados por la ley.

Artículo 18. La ley es la expresión de la voluntad general en orden a la felicidad común: esta expresión se enuncia por los actos emanados de la representación nacional.

Artículo 20. La sumisión de un ciudadano a una ley que no aprueba, no es un comprometimiento de su razón, ni de su libertad; es un sacrificio de la inteligencia particular a la voluntad general.

Siguiendo esta misma línea, no es ningún secreto, que la justificación de la Constitución de 1824 replicó el orden militar y eclesiástico a partir de la instauración de las provincias en un federalismo. Bajo esta concepción, el ejercicio de la soberanía se instrumentalizó en la solidez de una alta retórica dentro del sistema político que bajo la condición de clase, estableció los límites claros del ejercicio de la contención del orden social. La Constitución de 1824 en su artículo 50 reconocía abiertamente la influencia ilustrada y el trato "distintivo" (no igualitario) para los extranjeros y tribus de indios. La alteridad del indígena independentista no rebasaba claramente la nominación del indio colonial, pues el propio orden constitucional les excluía de la connotación ciudadana.

Artículo 50…

I. Promover la ilustración: asegurando por tiempo limitado derechos exclusivos a los autores por sus respectivas obras, estableciendo colegios de marina, artillería e ingenieros; erigiendo uno o más establecimientos en que se enseñen las ciencias naturales y exactas, políticas y morales, nobles artes y lenguas; sin perjudicar la libertad que tienen las legislaturas para el arreglo de la educación pública en sus respectivos estados.

> II. Fomentar la prosperidad general, decretando la apertura de caminos y canales o su mejora sin impedir a los Estados la apertura o mejora de los suyos, estableciendo postas y correos, y asegurando por tiempo limitado a los inventores, perfeccionadores o introductores de algún ramo de industria, derechos exclusivos por sus respectivos inventos, perfecciones o nuevas introducciones.
>
> XI. Arreglar el comercio con las naciones extranjeras, y entre los diferentes Estados de la federación y tribus de los indios.

Para acotar lo anterior, hay que regresar a los fundamentos de la descripción sociológica, pues como refiere Weber en su obra clásica *Estado y sociedad* existe diversas relaciones causales de orden multifactorial que determinan los contenidos del derecho. La economía o el sistema económico es uno de los principales factores que condicionan los contenidos del derecho. Es importante comprender que previo al periodo independentista el expansionismo capitalista europeo tuvo como consecuencia en la Nueva España un decrecimiento de cerca de 30 por ciento del ingreso *per capita*.[16] Asimismo:

> Los años de la guerra de Independencia agravaron los problemas económicos que desde finales del siglo XVIII aquejaban a la Nueva España. La guerra había destruido parte de la economía colonial. La minería fue la que más sufrió, y al principio la región de Guanajuato fue la más perjudicada... La producción y la acuñación de oro y plata, ya con años de tendencia decreciente, se desplomaron a partir de 1810: de poco más de 19 millones de pesos en ese año, a sólo 4.4 millones en 1812. Subió un poco para 1819, pero después volvió a caer en 1823 a 3.5 millones de pesos.[17]

Por ello, tanto la crisis de la hacienda pública, el ejército insubordinado y la maltrecha infraestructura fueron elementos que condicionaron la escasa movilidad social y el mantenimiento de las categorías étnicas y raciales como condicionantes del ejercicio de la distribución, los derechos y la riqueza.[18] Asimismo, la desproporcional representación política entre sectores y

[16] Tello Macías, Carlos, "México independiente: los primeros cien años", en Flores Salgado, José (coord.), *Crecimiento y desarrollo económico en México*, México, UAM, 2010, Pensar el futuro de México Colección conmemorativa de las colecciones centenarias, p. 21, *http://dcsh.xoc.uam.mx/pensarelfuturodemexico/libros/crecimiento_desarrollo.pdf.*

[17] *Ibidem*, p 28.

[18] Tan es así que después de 1821, los comerciantes, industriales, mineros y grandes hacendados constituían la clase alta en la que criollos y extranjeros dominaban, y eran el primer estrato social dependiendo de su bienestar y movilidad social. Después se encontraba el clero, que reflejaba la misma desigualdad que prevalecía entre los civiles, pues la

el ejercicio de los derechos desde una concepción poco formal y más porosa, para suavizar el ejercicio de control de clase y la contención de la riqueza, confinó a la mayor parte del país a la continuación de la opresión. Por otro lado, tanto los españoles y criollos tenían la plena capacidad de decisión sobre las estructuras económicas, imponiendo las reglas del mercado y controlando desde el derecho, la delimitación socioeconómica de los indígenas y mestizos, que se encontraban desprovistos de propiedad y medios de producción. Poco a poco, la transformación del México independiente se dio paso a sí mismo bajo el influjo del decreto, que concentró la riqueza en la clase criolla y mantuvo, al igual que en la Nueva España, en la miseria a 98 por ciento de la población.

En este sentido, las relaciones socioeconómicas gestionaron fuertemente un nuevo crispamiento social a partir del régimen de Santa Anna y la instauración de una nueva lucha popular, que redeterminó la guía principal de un "nuevo" orden social, fundado una vez más en la repetición de los fundamentos eurocéntricos en codependencia con las fuerzas materiales del mercado internacional y la ausencia de distribución de la riqueza entre la muy sectorizada sociedad. En este sentido, las normas se complejizaron y comenzaron a construirse medios propicios para el desarrollo económico de la nación, de ello que las Leyes de Reforma sean la principal razón del proyecto nacional del emergente siglo XIX.

Como todo influjo capitalista, la propiedad delimitó la redimensión del proyecto nacional sobre el que se transformaba México de un Estado semifeudal a la aspiración de un Estado desarrollista, de nueva cuenta el precio fue pagado por el desplazamiento de comunidades enteras, culturas, familias y experiencias desperdiciadas. El capitalismo, como los intereses imperialistas, irrumpieron con violencia en la vida "nacional" y despojaron a los indígenas de sus tierras. Es importante tener en cuenta América Latina fue el centro de atención del capitalismo después de 1870. En todo caso, los principios rectores del derecho fueron contorneados primero por las fuentes del pensamiento eurocéntrico liberal para después acuñar una posición liberal capitalista.

diferencia del ingreso entre el bajo y el alto clero era muy marcada. En tercer lugar estaba la burocracia y los oficiales del ejército; las armas para los jóvenes criollos presentaban una variante de la vida religiosa y durante todo el siglo XIX fueron una verdadera opción para el ascenso y la posición social. Al final, en el último estrato, estaban todos los que no entraban en los grupos y clases señaladas; constituían la inmensa mayoría de la población; grupo heterogéneo y miserable, tenía muy escasas alternativas de mejorar. Eran los indios en sus comunidades, los que trabajaban las tierras de los hacendados, los obreros y trabajadores de las minas y las industrias, y los sirvientes y vendedores ambulantes. Su jornada de trabajo superaba las 14 horas y apenas ganaban de 30 a 50 centavos por ello. *Ibidem*, p. 33.

En esta perspectiva, el tránsito del indigenismo preinstitucional describe la continuación de las categorías coloniales desde las que el estatus del ser, se encuentra degradado (para las instituciones y discurso de su época) por su propia naturaleza. De ello que el principal medio para perpetuar esta condición es el derecho, la economía y la política. Los tres principales medios de orientación de las sociedades modernas, que al haber sido transplantadas en formas de regulación social, el modelo eurocéntrico dio preferencia a la exclusión de la vida de las comunidades y sujetos indígenas. En este tenor, conviene dar cuenta que particularmente, la economía tuvo una función complaciente con la categoría preinstitucional de indígena, pues a partir de ésta, las reglas impuestas por el capitalismo periférico implicaron contraprestaciones sometidas a juicios de condición, raza, y credo, sin que necesariamente se establecieran grados de equidad y distribución, cuya ganancia y plusvalía tenderá a la mayor concentración.

Por ello en el período del Porfiriato continuó el despojo y desmantelamiento de la propiedad comunal, persecución, así como la discriminación sobre las comunidades indígenas. Por lo que aun con la Revolución mexicana, los procesos de transculturalidad de los indígenas, se adoptaron como medios de "integración", y los de aculturalidad sirvieron como un principio de putativa homogenización desde las fuerzas de regulación social; empero, los medios de subalternidad activa, establecieron un sistema de resistencia bajo los esquemas de la interlegalidad como aspecto fenomenológico del pluralismo jurídico.[19]

IV. 1917: REPETICIÓN Y SUBALTERNIDAD

Luego de un proceso revolucionario se refundamentaron los elementos "neutros" y "universales" que dieron paso a la Constitución de 1917. De nueva cuenta, la representación del liberalismo expresado en una soberanía popular, los fines logrados por la naciente burguesía al respecto de la propiedad y la transformación hacia un Estado capitalista, como sus contextos latifundistas, sirvieron de apariencia que sostuvo a las raíces y la fundamentación de la emergencia mestiza, como una reconciliación institucional sobre las bases de una nación tal como Gamio lo refiere, en una nueva patria.[20]

No es óbice dar cuenta del avance de la ingeniería jurídica de la Constitución de 1917 al respecto de sus predecesoras, pues dentro de su propio ejercicio y marco conceptual, la delimitación de los derechos ciudadanos y

[19] Sousa Santos, Boaventura de, *Crítica de la razón…*, *cit.*, pp. 251 y ss.

[20] *Cfr.* Gamio, Manuel, *Forjando patria*, México, Porrúa, 2006.

los derechos sociales, el ejercicio soberano, el sistema federalista, la laicidad en sus leyes y la rectoría del Estado sobre una base de economía mixta, daba la impresión de una Constitución totalmente avanzada para su época. Sin embargo, a pesar de sus avances, de nuevo su dependencia se concentró más en el discurso que en la transformación de su propia sociedad, por lo que también heredó las mismas deficiencias de la paradoja liberal.

V. Liberalismo colonial

Al respecto, el liberalismo colonial se funda en seis principios cuyos números ordinarios representan el ideario eurocéntrico o metropolitano, y la correspondiente letra, su expresión en México:

1. El derecho se fundó con base en derechos abstractos.
   a. El derecho encubrió a realidades concretas.
2. De lo anterior, se impone que las libertades sean generales.
   b. De lo anterior, se impone que las restricciones y libertades son particulares.
3. La inclusión proviene del consenso sobre la construcción de un pacto social general.
   c. La exclusión proviene del consenso sobre la construcción de un pacto social particular.
4. Los derechos emanan del Estado y éste reconoce los derechos naturales previos. La ciudadanía equivale al derecho de tener derechos.
   d. Los derechos se demandan del Estado y éste no reconoce los derechos que no estén en su concepción. La ciudadanía equivale al derecho de ser sometido por obligaciones jurídicas.
5. La función del derecho es conservar al Estado a partir del orden social.
   e. La función del derecho es conservar al Estado a partir del control social de clase.
6. La soberanía recae en el pueblo.
   f. La soberanía recae en cierta clase del pueblo.

Como puede verse, la relación de clase es fundamental en la fundación, conservación y ejercicio de los derechos, tanto individuales, sociales,

económicos y políticos. Al respecto el sistema de representación, así como el federalismo, entramaron una sofisticación del mismo argumento que depuso el ejercicio político del Estado en una condición de clase, sin que la transformación de la forma de gobierno permita encontrar una *Gewalt* que permita la fundación, ya que las propias instituciones están construidas para la conservación.

A lo largo del proceso independentista hacia el institucional, la realidad no se homogenizó, sino más bien, fue parte de un proceso de disciplinarización que devino en un fortalecimiento del pluralismo jurídico, y resistencia a los procesos políticos.

La noción patriarcal y efusiva del ánimo ilustrado se conjuntó, institucionalmente hablando, en una visión netamente formalista y supeditada a valores aprendidos en el régimen del colonialismo interno. La Constitución de 1917 dio paso a la instauración del carácter uni-nacional, la idea de la nación mexicana se sembró sobre la fundamentación de un orden consolidado por la clase criolla que se convirtió después en la burguesía nacionalista y el campesinado latifundista.

De esta misma manera, los derechos de los indígenas se concentraron en un duro institucionalismo que favorecería, supuestamente, a la inclusión y libre ejercicio de sus derechos. Por ello, luego de la guerra cristera, hacia la década de 1940, la preocupación institucional de la asimilación indígena propuso cánones institucionales de investigación y descripción de sus realidades. Sin embargo, paradójicamente, los procesos de asimilación cultural que se defendieron detrás del indigenismo institucional de los años 40 a 60 del siglo XX, tuvieron incidencia en el desplazamiento ya no precontractualista, como anteriormente había ocurrido, sino ahora en medio de la inclusión estaban de frente a un estado post contractual. El post contractualismo para Boaventura:

> es el proceso mediante el cual grupos e intereses sociales hasta ahora incluidos en el contrato social quedan excluidos del mismo, sin perspectivas de poder regresar a su seno. Los derechos de ciudadanía, antes considerados inalienables, son confiscados. Sin estos derechos. El excluido deja de ser un ciudadano para convertirse en una suerte de siervo.[21]

Anteriormente, como se ha revisado en este texto, la inclusión se pretendió a partir del ejercicio formal y netamente discursivo, por lo que en realidad, los procesos de inclusión eran de disciplinarización y colonialidad. De ahí que el indigenismo institucionalista tuvo por misión incluir indíge-

[21] Sousa Santos, Boaventura de, *Reinventar la democracia…*, *cit.*, p.15.

nas mestizos para darles una categoría ciudadana que se moldeara desde la ruta del progreso. A pesar del congreso indigenista interamericano de Pátzcuaro de 1940, se intentó corregir desde las políticas públicas, las omisiones estructurales de la inclusión en el pacto originario, y de nuevo por decreto, aunque no constitucional, se pretendió recolonizar y dar nueva ruta al "lastre" del progreso: los indígenas.

Notablemente, la descripción realizada por Rodolfo Stavenhagen al respecto de las tesis mal comprendidas en América Latina pueden aplicarse con toda precisión para explicar los contenidos normativos, políticas públicas y de nuevo la justificación de unidad nacional "pluricultural" que determinó la segregación de clases y condiciones sociales en México, pues se mantuvo la ya acendrada y tensa repartición del ejercicio político, económico y jurídico. Por tanto, la Constitución de 1917 como legado colonial, situó al indígena como una categoría aislada, de posible inclusión o en su caso marginación dependiente de la guía del Estado.

Es seminal, tomar en consideración que el esquema revisado, refiere únicamente a las comunidades indígenas como sujetos pasivos de referencia, más no como agentes activos de resistencia, por lo que el indigenismo institucionalista generó ocultamientos sobre sus posiciones y racionalidades, que si bien es cierto, fue un ejercicio de visibilización, también lo es que las decisiones sobre su inclusión siguieron el cauce desde otro idioma, tradiciones y cosmovisiones. A pesar de los decretos y conceptos, ellos y ellas nos muestran su resistencia de 500 años, y debemos aprender que existen procesos que no han sido catalizados como ejercicios activos de fundación y conservación fuera de los márgenes de los discursos universales, generales y abstractos.

VI. Conclusión

Bajo esta linealidad, es importante destacar que la paradoja liberal en América Latina y sobre todo en México, se ha construido desde los principios del liberalismo colonial. Particularmente, en todo el documento ha estado presente la noción del pensamiento abismal que parte del fundamento fanoniano y que Boaventura nos explica que sirve como una línea que divide al ser del no ser, al saber de la ignorancia, mientras que de un lado la producción de la filosofía, la ciencia y las normas están determinadas por el fundamento eurocéntrico que habilita su procedencia, del otro, sólo existe la posibilidad

de apropiar el discurso o ser sometido por la violencia. Por tanto, no debe sorprendernos que:

> El conocimiento moderno y el derecho moderno representan las más consumadas manifestaciones del pensamiento abismal. Ambos dan cuenta de las dos mayores líneas globales del tiempo moderno, las cuales, aunque sean diferentes y operen diferenciadamente, son mutuamente interdependientes.[22]

De lo anterior, la noción de la alteridad del indígena, se convirtió en una dimensión de otredad y de invisibilidad, sin embargo, fuera de éste tipo de pensamiento, las comunidades continúan desarrollando actividades de orden político, económico y jurídico a la par y con el orden institucional. De tal suerte que la interlegalidad, y particularmente la judicialización, han sido procedimientos que dependiendo de cada interés y acción social, los propios pueblos originarios se han otorgado la capacidad de ser principales o subalternos resistentes, encaminados a afirmar desde sí, su propia existencia y alteridad. También es importante establecer, que a pesar de las contribuciones de las disciplinas al respecto del estudio de las comunidades originarias por el indigenismo institucional postrevolucionario, la disciplinarización de los conceptos sobre la realidad social ha impuesto rasgos normativos de los cuales es necesario hacer un ejercicio de descolonialidad, para aperturar sus enseñanzas y aprehender que existen otras formas de saberes y otros conocimientos.

De ello que las reformas del artículo 2o. y el actual 1o. constitucional sólo han incluido nuevos derechos que dentro del discurso institucional *de facto* no contemplan derechos más allá de la *Gewalt* como conservación, sin embargo, la forma en cómo los movimientos sociales, las comunidades indígenas, y los activistas dentro de los tribunales y en pie de resistencia, han modificado los enunciados neutros y universales con luchas que revierten su posición de oprimido, para construir desde los procesos de judicialización respuestas a la emergencia de sus posibilidades políticas, económicas y jurídicas.

De ello, que como subalternos resistentes, el giro postcolonial y descolonial son herramientas que pueden ayudarnos a comprender la incidencia de los derechos en la refundación del Estado, y que nos proporcionen una propuesta endémica de denuncia y transformación social. Por tanto, desde el EZLN hasta Cherán, las lecciones aprendidas y escuchadas a partir de la multidisciplina bajo una condición dialógica, al pensamiento jurídico aportan una visión más extensa sobre la realidad que ha sido encubierta por un

[22] Sousa Santos, Boaventura de, *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Argentina, CLACSO, 2010, p. 13.

débil universalismo y abstracciones incluyentes. Mi propósito en este documento es principalmente conducir a reflexiones sobre el debilitamiento de las estructuras del liberalismo, a fin de establecer puntos de ruptura en la historia de la construcción política y jurídica de nuestro país. Así, desde las epistemologías del Sur es posible entender la interacción de estas racionalidades a fin de construir un Estado suficiente en el que pueda conservarse la vida y la dignidad.

Finalmente, hoy, de frente a la crisis económica de los últimos años, el despojo de tierras indígenas, la desaparición (asesinato) de líderes de resistencia y activismo, el desplazamiento de pueblos enteros ocasionados por la violencia o intereses de inversionistas vinculados con procesos corruptos o influyentes del gobierno, nos dan un panorama que nos lleva a cuestionarnos la realidad de la inclusión con sumo pesimismo. No solamente a la sociedad indígena se le está llevando hacia el postcontractualismo, sino a todos aquellos que no estén coludidos con los ejercicios de violencia y dominación que atraviesa nuestro país. Los otros integrantes de las instituciones sociales están pasando cada vez más ante un proceso de degradación de los derechos, dejando un vacío enorme dentro del discurso liberal, por lo que valdría la pena repensar la relación entre discurso, racionalidad y acción, desde una realidad que urja a la sociedad a reorganizar la política y pacíficamente aportar herramientas que permitan refundar el Estado.

VII. Bibliografía

BENJAMIN, Walter, *Iluminaciones IV. Para una crítica sobre la violencia y otros ensayos*, trad. de Roberto Blatt, 3a. ed., España, 2001.

VAL, José del (coord.), *Documentos fundamentales del indigenismo en México*, México, UNAM, 2014.

HALPERIN Donghi, Tulio *et al.*, *Historia económica de América Latina: desde la independencia a nuestros días*, trad. de Ágels Sola *et al.*, Barcelona, Crítica, 2002.

SOUSA Santos, Boaventura de, *Crítica de la razón indolente,* España, Desclée de Brouwer, 2000.

———, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, Ecuador, Aby Yala, 2004.

———, *Para descolonizar el occidente: más allá del pensamiento abismal,* Buenos Aires, CLACSO-Prometeo Libros, 2010.

TELLO Macías, Carlos, "México independiente: los primeros cien años", en Flores Salgado, José (coord.), *Crecimiento y desarrollo económico en México*, Pensar el futuro de México. Colección conmemorativa de las colecciones cen-

tenarias, México, UAM, 2010, *http://dcsh.xoc.uam.mx/pensarelfuturodemexico/libros/crecimiento_desarrollo.pdf.*

GONZÁLEZ Casanova, Pablo, *Historia y sociedad*, Cuadernos de teoría política, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Sociales, 1987.

NAVARRETE Linares, Federico, *Los pueblos indígenas en México*, Pueblos Indígenas del México Contemporáneo, México, CDI, 2008.

——— "¿Qué significaba ser indígena en el siglo XIX?", en León-Portilla, Miguel (coord.), *Los indígenas en la Independencia y Revolución mexicana*, México, UNAM, Instituto Nacional de Antropología e Historia, 2010.

RABASA, Emilio, *Historia de las Constituciones*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000.

ZEA, Leopoldo, *Dialéctica de la conciencia americana*, Madrid, Alianza, 1976.

LA CONSTITUCIÓN DE 1917 Y LAS REFORMAS ESTRUCTURALES

Jaime CÁRDENAS GRACIA*

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *El modelo neoliberal en México*. III. *El modelo del Estado neoliberal*. IV. *El gobierno de Peña Nieto y las reformas estructurales.* V. *Conclusiones*.

I. INTRODUCCIÓN

Las reformas estructurales de este sexenio, más las de los cuatro anteriores, han ido conformando un nuevo régimen, no sólo político o económico, sino jurídico. La mayor parte de esas reformas constitucionales: en materia educativa, en telecomunicaciones, fiscales, electorales, energéticas, penales, etcétera, no tienen nada que ver con los significados y alcances sociales y nacionales de la Constitución de 1917.

La Constitución de Querétaro fue consecuencia de la Revolución. Las normas previstas en su articulado, principalmente los artículos 3o., 27 y 123 de esa carta, imprimieron un sentido social y nacional al ordenamiento jurídico, pero también a la vida política, económica y social del país. Es verdad que esa Constitución prohijó el hiperpresidencialismo mexicano y con ello también fundamentó en nuestro país el régimen autoritario del siglo XX.[1]

Los significados sociales y nacionales de la Constitución de 1917 comenzaron a trastocarse y menoscabarse en los años ochenta del siglo pasado. El neoliberalismo económico produjo cambios en la manera de entender el constitucionalismo mexicano. En el sexenio de Salinas de Gortari el régimen jurídico de la tierra, el sentido social y nacional de la educación, las relaciones iglesias-Estado, la soberanía y autodeterminación económica del país, fueron

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

1 Cárdenas Gracia, Jaime, *Transición política y reforma constitucional en México*, México, UNAM, 1994.

sustituidas por principios y reglas que han minado las bases del Estado-nación y la estructura jurídica del Estado de bienestar porque nuestra élite política y económica aceptó sin condiciones el modelo económico neoliberal.

En los sexenios posteriores, de Ernesto Zedillo a Felipe Calderón, se acentuó la visión neoliberal y se profundizó en el desmantelamiento de los derechos económicos, sociales y culturales. Esos gobiernos sistemáticamente arrasaron con la independencia nacional. El Estado mexicano ha cedido soberanía económica, política y jurídica, vía los acuerdos comerciales y de seguridad nacional. México es hoy menos independiente y soberano que en el pasado y, los derechos sociales de los mexicanos son cada vez más endebles: la autoridad privilegia a la educación privada sobre la pública, el gobierno alienta el *outsourcing*, los sindicatos independientes son debilitados, se privatiza la electricidad, los hidrocarburos, el agua, las costas y playas,[2] la brecha de desigualdad social se extiende y millones de jóvenes carecen de esperanza porque no tienen acceso al empleo ni a la educación pública superior.

El gobierno de Peña Nieto, más que ningún otro ha promovido un haz de reformas constitucionales, en donde los rasgos neoliberales y antisociales de la Constitución se exponen descarnadamente. Nuestra Constitución no es más lo que antes era. Sus elementos sociales y nacionales se han disminuido formalmente y, en los hechos, me refiero a la aprobación de leyes secundarias por el Congreso y a la interpretación de los principios constitucionales por los tribunales, se carece de todo sentido nacional y social. Por el contrario, jurídicamente son defendidas las tesis del neoliberalismo en su versión local.

La elite política y económica considera que las reformas estructurales nos modernizan y nos colocan en una situación de entendimiento con los países del primer mundo y con los organismos financieros internacionales. Desde luego que no se trata sólo de una percepción o de un proyecto político y jurídico sino de intereses económicos. Con cada reforma estructural, esa élite económica y política local gana en la misma medida que el resto de la sociedad pierde. Los políticos del país de los partidos mayoritarios acceden y se mantienen en el poder porque a los intereses de la hegemonía

[2] El *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española* define privatizar como: "Transferir una empresa o *una actividad pública al sector privado*". Castaño Guillén define privatización de la siguiente manera: "Entendemos por privatización el proceso económico, político y social de reestructuración que, a través de la transformación jurídica del carácter de pública al de privada de la propiedad de una empresa, *de un sector o de una actividad económica, abre nuevos espacios de acumulación y ganancia privada*". Castaño Guillén, Julián, *La dirección de los resultados en las empresas privatizadas*, Universidad de Extremadura, Departamento de Economía Financiera y Contabilidad, septiembre de 2006 (tesis doctoral).

mundial y local les conviene. Los empresarios del país ganan aunque quedan subordinados al poder de las grandes trasnacionales del mundo.

Se podría pensar que en el proceso constitucional que ha impuesto el neoliberalismo, al menos hemos incrementado nuestros niveles de democracia. Esa creencia es errónea porque en los asuntos que importan a los ciudadanos, éstos no participan. Los ciudadanos no participan aprobando los tratados comerciales o de seguridad que nos supeditan a intereses foráneos. A los ciudadanos no se les pregunta si están de acuerdo en la privatización de los recursos naturales porque se les veda o se les restringe el derecho a la consulta que prevé el artículo 35 fracción VIII de la Constitución.

Los ciudadanos exclusivamente participan en procesos electorales para elegir representantes donde los resultados son definidos de antemano por el poder mediático y económico.[3] La democracia en México es una mascarada que sirve para legitimar la injusta distribución de la riqueza y las desigualdades sociales del país.

Algunos sectores representados por las organizaciones no gubernamentales estiman que algunas políticas públicas son diferentes a las del pasado, tales como la agenda de género o la de los derechos de las personas con preferencias sexuales distintas. Coincido con ellos sólo en parte, dado que las agendas que prosperan son las que no ponen en riesgo la estructura del poder económico en México y en el mundo.

En este sentido, la Constitución "renovada" por las reformas estructurales nos ha alejado del ideario original. Lo anterior no se señala exclusivamente para saberlo, sino para plantear, ya sea el regreso a los sentidos sociales y nacionales de 1917 o, para proponer una nueva Constitución, que por una parte recupere los sentidos sociales y nacionales de 17 y que al mismo tiempo democratice las relaciones de poder, es decir, distribuya equitativamente el poder económico, social y político.

II. El modelo neoliberal en México

A partir de 1982, México inició el proceso de globalización neoliberal.[4] Los primeros cambios se dieron con el ingreso de nuestro país al Acuerdo General de Tarifas y Comercio (GATT). Posteriormente, en los siguientes sexenios, México negoció y firmó distintos tratados de libre comercio, señaladamente

---

[3] Cárdenas Gracia, Jaime, *La crisis del sistema electoral mexicano. A propósito del proceso electoral de 2012*, México, UNAM, 2014.

[4] Cordera, Rolando y Tello, Carlos, *La disputa por la nación*, México, Siglo XXI, 1981.

el suscrito con Estados Unidos y Canadá. En virtud de esos acuerdos comerciales se liberalizaron los movimientos de capital y se redujeron las limitaciones y prohibiciones a la inversión extranjera. De manera importante, entre 1990 y 1998 se privatizaron cientos de compañías paraestatales (empresas siderúrgicas, telefónicas, de fertilizantes, de bienes de capital, ferrocarriles, líneas aéreas, aeropuertos, ingenios azucareros, puertos, bancos, entre otras). Las desincorporaciones de los bienes nacionales en muchos casos se realizaron mediante procedimientos poco transparentes, con corrupción añadida, y sin prevenir la aparición de futuros monopolios privados.[5]

Hubo casos paradigmáticos en la privatización como el de Teléfonos de México y el de los bancos mexicanos —la banca dejó de ser un servicio público concesionado para pasar a ser un servicio sujeto a autorización—. En las privatizaciones se anunció, por parte de los gobiernos mexicanos, que esos procesos producirían prosperidad y beneficios a la población, los que desde luego en estos años nunca se han materializado. Por el contrario, los acuerdos comerciales y los procedimientos de desincorporación han propiciado la concentración de los beneficios en pocas manos (se privatizan los beneficios y se socializan las pérdidas).

La banca de desarrollo redujo de manera significativa sus quehaceres. Se liberalizó el mercado de capitales: las tasas de interés quedaron sujetas al mercado. El Banco de México adquirió el estatus de órgano constitucional autónomo, lo que impide desde entonces, que alguna otra autoridad pueda ordenarle conceder financiamiento para el desarrollo de algún área de la economía nacional. El gasto público ha ido disminuyendo en rubros como el de inversiones. La desregulación de las actividades productivas y de servicios se ha convertido en el paradigma ordinario de la actividad gubernamental. Se ha propiciado también el aumento de los impuestos indirectos, principalmente del IVA. Los gobiernos mexicanos han ido eliminando subsidios a los bienes de consumo generalizado y se ha limitado el control de precios. El poder de los sindicatos disminuyó, al igual que el poder adquisitivo del salario mínimo. Ha sido evidente en estos años el crecimiento del empleo informal y varios millones de mexicanos han emigrado a los Estados Unidos.[6]

Paralelamente a lo expuesto, las diferencias en el ingreso entre los trabajadores y los directores generales de las empresas se incrementaron. Los

---

[5] López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM, 1997, pp. 95-107.

[6] Tello, Carlos e Ibarra, Jorge, *La revolución de los ricos*, México, UNAM, 2012, pp. 102 y 103.

directores de empresas privadas reciben un ingreso aproximado a un millón de dólares anuales y, los trabajadores tuvieron un ingreso cercano a los seis mil dólares anuales, lo que equivale a 39.5 veces de diferencia entre unos y otros y, en donde la diferencia podría ser aún mayor, sobre todo respecto a las retribuciones de altos servidos públicos del país. El salario mínimo y los contractuales en términos reales han ido disminuyendo año con año. El modelo neoliberal en México ha significado, en síntesis, lo siguiente:

1. Desmantelamiento de la empresa pública estatal.
2. Desarticulación de las agrupaciones de los trabajadores creadas para resistir al poder del Estado y del capital.
3. Reducción de la fuerza de las agrupaciones corporativas (obreras y campesinas).
4. Constitución de un nuevo sujeto globalizado para sustituir al sujeto nacionalista creado por la Revolución mexicana.
5. Fortalecimiento del individualismo para vincular toda subjetividad al consumo.
6. Integración subordinada al capitalismo mundial, principalmente al de Estados Unidos.
7. Pérdida de soberanía nacional.
8. Incremento de la desigualdad y la pobreza.
9. Desmantelamiento paulatino del otrora Estado de bienestar.
10. Aparición de nuevas formas de corrupción.

¿Por qué el modelo neoliberal globalizador se impuso en México?[7] Se logró poner en marcha por una combinación de presiones externas e internas. Externamente, a partir de que México declaró la imposibilidad de hacer frente a los pagos de su deuda externa se instrumentaron “paquetes de rescate” cuyos financiamientos no tenían por objetivo rescatar a la economía mexicana sino a sus acreedores.[8] Para otorgar esos apoyos, los or-

---

[7] La pregunta realizada admite respuestas muy complejas, desde la filosofía política. Si acudiéramos al pensamiento gramsciano podríamos decir que lo que ha vivido México y otros países del mundo es una “revolución pasiva” que supone la imposición y conducción autoritaria de cierto orden político y económico en una época de quiebre a favor de los grupos dominantes y en el que los intereses de las clases trabajadoras y populares quedan subsumidos en la lógica del capital. Duárez Mendoza, Jorge Luis y Munguía Galeana, Fernando, “La formación del orden hegemónico. Límites y aperturas del neoliberalismo en Perú y México”, en Vázquez, Daniel y Aibar, Julio, *Procesos políticos de América Latina. Una lectura crítica del neoliberalismo*, México, FLACSO, 2013, pp. 21-65.

[8] En noviembre de 1982 el gobierno mexicano envió una carta de intención al FMI, que finalmente fue aceptada el 23 de diciembre de ese año. En esa carta de intención el gobierno

ganismos financieros internacionales, principalmente el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, impusieron condiciones a México que inicialmente consistían en medidas de austeridad y disciplina fiscal. Esas medidas restringieron el consumo interno y generaron excedentes económicos para que nuestros gobiernos hicieran frente a los compromisos con los acreedores.

De la exigencia de las medidas de ajuste se pasó a las "reformas estructurales" que coinciden en el ámbito internacional con el esquema del Consenso de Washington, y en el ámbito interno con, por ejemplo, el Pacto por México que se firmó entre el titular del Ejecutivo Federal y los tres partidos más grandes el 2 de diciembre de 2012. Las reformas estructurales se fueron imponiendo desde el sexenio de Miguel de la Madrid hasta llegar al de Enrique Peña Nieto. En los últimos sexenios, el ritmo de las reformas estructurales se ha incrementado, destacando el sexenio de Peña Nieto porque en él se han impulsado un gran número de reformas de este tipo: la educativa, la fiscal, la financiera, la político-electoral y la energética, entre otras. La característica fundamental de las reformas estructurales es la integración subordinada de la economía nacional a la economía de los Estados Unidos y a la economía mundial con consecuencias sociales evidentes: mayor desigualdad social y pobreza para los habitantes de nuestro país.

Las presiones internas a favor del modelo neoliberal globalizador provinieron de la tecnocracia nacional, que aliada con la tecnocracia trasnacional (del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, de la OCDE, etcétera) y los intereses de las grandes empresas mundiales, han actuado como agentes en México a favor de la ideología neoliberal y de las recomendaciones y presiones foráneas. La tecnocracia mexicana seguramente está convencida de las bondades de las reformas estructurales, pero la realidad le ha mostrado, una y otra vez, que esas modificaciones jurídicas han generado más desigualdad, disminución de los derechos sociales y atraso social. Los tecnócratas mexicanos han ido desplazando al antiguo nacionalismo y lo han sustituido por promesas de eficiencia y estabilidad económica que no han redundado en beneficio de la población.

El modelo neoliberal ha producido graves consecuencias económicas, sociales, internacionales y políticas para nuestra nación. Económicamente, el modelo neoliberal, ha significado, con pocas excepciones, el fracaso de muchos sectores económicos nacionales, ocasionado el desmantelamiento

aceptaba la reducción del déficit público y la disminución al proteccionismo, y se acordaba negociar cada año la política económica nacional. Montalvo Ortega, Enrique, *Neoliberalismo. La dictadura (realmente) perfecta*, México, Ariel-INAH, 2013, p. 42.

casi integral de la planta productiva de México y, con ello, el incremento del desempleo, el aumento del empleo informal y la subordinación dependiente de nuestra economía a América del Norte. En términos reales, la economía de nuestro país no ha crecido en los últimos veinte años.

Socialmente el modelo neoliberal ha sido incapaz de resolver los problemas de desigualdad y de inadecuada distribución de la riqueza. Los índices de pobreza aumentan y, la distancia entre los aventajados y los desaventajados de la sociedad se potencia.

Internacionalmente y, no sólo en el terreno económico, sino en otros ámbitos, como: la seguridad nacional, la política exterior, la política de defensa, la seguridad pública, la educación, la política laboral, la política penal, las telecomunicaciones, la energía, las reglas electorales, etcétera, quedamos subordinados —nos integramos— a las indicaciones de los organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la OCDE y otros organismos supranacionales.

En la vida política, las grandes decisiones políticas —las reformas estructurales— se adoptan desde el exterior por presión o por consigna. El margen de decisión nacional, de las grandes políticas, queda sensiblemente limitado y la política doméstica se encarga de las cuestiones secundarias o de aplicación de las decisiones fundamentales provenientes del exterior. La hegemonía del modelo neoliberal en materia constitucional y jurídica ha significado, entre otras cosas y desde nuestro punto de vista, lo siguiente:

> El desmantelamiento del insuficiente Estado del Bienestar con el que contábamos antes del inicio de la implantación del modelo, es decir, reforma constitucional y legal que se promueve, tiene por propósito reducir el nivel de protección de los derechos económicos, sociales y culturales de los mexicanos; *2)* La protección de la propiedad privada sobre la social y la pública como ocurre con la reforma constitucional energética y se contiene en el artículo octavo transitorio de la misma; *3)* La existencia de una democracia electoral formal que no es de calidad ni sustancial, que no alienta a la democracia participativa y deliberativa, que define a los ganadores con el poder de los medios de comunicación y del dinero y, que impide que las cuestiones trascendentes como las reformas constitucionales o los tratados comerciales se aprueben por los mexicanos mediante referéndum; *4)* Copia de modelos de justicia anglosajones como la implementación del sistema penal acusatorio y con él la incorporación de los juicios orales en nuestro país; *5)* Populismo penal que consiste en el incremento en el número de los delitos y el aumento de las penas para pretender garantizar la seguridad que no brinda el modelo económico, político y social; *6)* Muchas reformas a la legislación en materia de inversión extranjera, propiedad industrial e intelectual para proteger a la inversión ex-

tranjera; por ejemplo, la Ley Minera de 1992 o la reforma constitucional en materia de telecomunicaciones de 2013 que permiten el 100% de inversión extranjera en esos sectores; *7)* Centralización en los poderes federales, principalmente en el ejecutivo, de muchas competencias constitucionales y legales, para que el sector externo pueda negociar con más facilidad con el Estado mexicano; *8)* Pérdida de soberanía legislativa y jurisdiccional a favor del ejecutivo y de instancias supranacionales; por ejemplo, acuerdos internacionales que no son ratificados por el Senado o instancias de arbitraje internacional que resuelven las principales cuestiones económicas del país; *9)* Acuerdos internacionales que no pasan la prueba de la representación —como la Iniciativa Mérida o el ASPAN— que vacían de contenido a los poderes públicos del país (al Senado en este caso), y *10)* Privatización del derecho público y pérdida de las visiones de Estado y de nación en beneficio de una globalización impuesta de arriba abajo que constituye una auténtica revolución de los ricos del mundo para los ricos del mundo.[9].

III. El modelo del Estado neoliberal

Después de la Segunda Guerra Mundial se pensó que tanto el comunismo como el capitalismo habían fracasado y, que era necesario construir un nuevo tipo de Estado que combinara el mercado con la planificación económica para garantizar la paz, la integración, el bienestar y la estabilidad.[10] Esta pretensión teórica fue exitosa en la práctica y, durante las décadas de los años cincuenta y sesenta del siglo pasado muchos países del capitalismo avanzado e incluso en desarrollo como México crecieron a altas tasas y distribuyeron en diversos grados y niveles la riqueza entre sus poblaciones.

En la década de los años setenta del siglo pasado, la caída de los ingresos tributarios en muchos países y el aumento de los gastos sociales provocaron lo que se denominó la crisis fiscal del Estado. Este hecho económico vinculado con otros, como la crisis del petróleo de 1973, pusieron en duda la viabilidad de las políticas keynesianas. Ante el estancamiento de la economía capitalista y la necesidad de salir de la crisis, se propusieron distintas medidas económicas y políticas. Podemos decir, que desde la socialdemocracia se insistió en estrategias corporativistas para intensificar la presencia estatal y la regulación económica en el control de precios y salarios en aras de mantener el esquema del Estado de bienestar.

---

9 Tello, Carlos e Ibarra, Jorge, *op. cit.*

10 Dahl, Robert y Lindblom, Charles, *Politics, Economy and Walfare. Planning and Politico-Economic Systems Resolved into Basic Social Processes*, Nueva York, Harper, 1953.

Sin embargo, esta estrategia no prevaleció porque implicaba una amenaza política a las élites económicas y a las clases dominantes y, por motivos estrictamente ideológicos, lo que hoy conocemos como proyecto neoliberal fue escogido para restaurar el poder de esas clases que habían perdido terreno en el Estado de bienestar y con la crisis fiscal del Estado,[11] y que con el neoliberalismo han restaurado inmensamente su poder económico en las sociedades a costa de los derechos de las amplísimas mayorías sociales, tanto en países desarrollados como en los que se encuentran en vías de desarrollo.

Los fundamentos teóricos del modelo neoliberal globalizador tienen sus antecedentes inmediatos en la obra económica de Friedrich von Hayek y en la creación de la asociación Mont Pelerin Society que aglutinaba a personajes como Ludwig von Mises, Milton Friedman y a Karl Popper. En sus orígenes, la asociación Mont Pelerin Society promovía una fuerte defensa de la propiedad privada y del mercado y, obviamente se oponía a las teorías económicas que defendían el intervencionismo estatal.

El grupo Mont Pelerin recabó apoyos financieros y políticos en Estados Unidos y en los países europeos y, paulatinamente los recibieron y consolidaron su influencia cuando políticos, como Margaret Thatcher y Ronald Reagan, accedieron al poder en Gran Bretaña y los Estados Unidos. El siguiente paso consistió en extender este credo al resto del planeta, lo que lograron por medio de organismos financieros internacionales como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional y, por medio de las presiones de la Reserva Federal de los Estados Unidos en países como México.

David Harvey explica la naturaleza de las presiones y los chantajes. Describe que entre 1982 y 1984, tanto el Departamento de Tesoro de los Estados Unidos como el Fondo Monetario Internacional accedieron a reestructurar el endeudamiento de nuestro país a cambio de que nuestro gobierno se comprometiera a realizar reformas institucionales consecuentes con el modelo neoliberal, recortara el gasto público y emprendiera la privatización de sus empresas públicas.[12]

Por eso estamos obligados a desmentir los presupuestos de la teoría económica, política y jurídica neoliberal. Esos presupuestos sostienen que el neoliberalismo globalizador promueve la libertad de las personas. La noción es errónea porque no distingue que en las sociedades complejas la li-

[11] Duménil, Gerard y Lévy, Dominique, “Neoliberal Dynamics. Towards A New Phase?”, K. van der Pijl, *et al.* (eds.), *Global Regulation. Managing Crises after de Imperial Turn*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2004, pp. 41-63.

[12] Harvey, David, *Breve historia del neoliberalismo*, Madrid, Akal, 2013, p. 36.

bertad no es concepto diáfano y unívoco. Podemos mencionar que existen, tal como lo hizo Polanyi, dos tipos de libertad.[13]

El primer género es la libertad que promueve el neoliberalismo globalizador: una libertad para explotar a los demás, la libertad para obtener ganancias desmesuradas sin retribuir a las comunidades, la libertad de impedir que las innovaciones tecnológicas sean utilizadas con una finalidad pública, la libertad para beneficiarse de las calamidades públicas y, la libertad para obtener ventajas del daño que causamos o de la apropiación indebida de la riqueza de los otros.

El segundo tipo son las libertades, que son compatibles con el Estado de derecho y la democracia como la libertad de mercado, de conciencia, de expresión, de reunión, de asociación y, la libertad de elegir nuestro propio trabajo. Estas últimas son las que debemos potenciar, pero a la par debemos evitar que sean manipuladas en beneficio de los que promueven el primer tipo de libertades como lo hace el neoliberalismo.

Entre los supuestos teóricos del Estado neoliberal se han mencionado, entre otros, los siguientes: el Estado neoliberal protege la propiedad privada, mantiene el imperio de la ley y, fortalece el libre mercado y el libre comercio; en el Estado neoliberal son divisa la inviolabilidad de los contratos y los derechos a la libertad de expresión y de acción; en el Estado neoliberal, la empresa privada y la iniciativa empresarial son las llaves de la innovación y de la creación de la riqueza; en el Estado neoliberal los derechos de propiedad intelectual son garantizados para estimular los cambios tecnológicos; en el Estado neoliberal se asegura la eliminación de la pobreza por medio de los mercados libres y del libre comercio.

En el Estado neoliberal se dice que la ausencia de protección a los derechos de propiedad constituye una barrera que impide el desarrollo económico y el bienestar humano; en el Estado neoliberal se busca prohibir los "bienes comunes" para que no sean sobreexplotados irresponsablemente por cualquiera; en el Estado neoliberal se mantiene que el Estado no debe controlar ni explotar ningún sector de la economía porque ello empobrece a las sociedades y limita la competencia económica; en el Estado neoliberal se afirma que la privatización, la desregulación y la competencia eliminan los trámites burocráticos, incrementan la eficiencia, la productividad y se evita la corrupción.

En el Estado neoliberal se argumenta que se defiende la libertad personal que es la base del desarrollo personal y de la economía; en el Estado neoliberal se asume que la competencia internacional mejora la eficiencia,

[13] Polanyi, Karl, *The Great Transformation*, Boston, Beacon Press, 1954.

la competitividad, reduce los precios y controla las tendencias inflacionarias; en el Estado neoliberal se sostiene que los tratados y acuerdos comerciales como el TLCAN son cruciales para el avance del proyecto neoliberal global, y, en el Estado neoliberal se prefiere una democracia de élites y de expertos a una democracia de mayorías o popular para no poner en riesgo las libertades y los derechos de las minorías.[14]

Sin embargo, los teóricos del neoliberalismo no suelen exponer las contradicciones del modelo neoliberal globalizador. Entre éstas se deben destacar las siguientes:

> La competencia económica acaba muchas veces en monopolios y oligopolios, pues las empresas más fuertes expulsan a las más débiles del mercado; *2*) La teoría económica neoliberal es incapaz de explicar la existencia de los "monopolios naturales", como los que existen en el ámbito energético, principalmente en la electricidad; *3*) El modelo neoliberal se desentiende de los fallos del mercado, es decir, de las "externalidades" (quién paga la contaminación o la afectación al medio ambiente o a la salud que propicia la actividad económica de las empresas); *4*) El modelo neoliberal desconoce las condiciones asimétricas de los diversos agentes que actúan en el mercado nacional y mundial, dado que, por ejemplo, no todos poseen el mismo nivel de información o las mismas capacidades tecnológicas; *5*) El modelo neoliberal no se hace cargo que la existencia de determinados derechos de propiedad que como la propiedad intelectual propician la búsqueda de rentas y no la competencia económica; *6*) El modelo neoliberal omite describir que en muchas ocasiones el desarrollo científico y tecnológico están desconectados del mercado y las innovaciones que se producen suelen no tener demanda; *7*) El modelo neoliberal no da cuenta de las consecuencias especulativas que propicia la gran acumulación del capital financiero; *8*) El modelo neoliberal tampoco atiende los elementos disolventes del propio modelo, es decir, quién se hace cargo de los menos aventajados de las sociedades y de los países; *9*) El modelo neoliberal elude los elementos autoritarios que prohija, tales como la democracia electoral elitista o de expertos que promueve, lo que motiva amplios descontentos sociales por la ausencia de canales de participación efectivos, y *10*) El modelo neoliberal no afronta la ilegitimidad y opacidad que sostiene a los organismos financieros internacionales y a las corporaciones trasnacionales que crean y aplican el *soft law* y la *lex mercatoria*.[15]

En síntesis, el Estado neoliberal globalizador mercantiliza todos los derechos humanos y los bienes comunes en beneficio de las grandes cor-

[14] Harvey, David, *op. cit.*, pp. 73-76.
[15] *Ibidem*, pp. 76-79.

poraciones trasnacionales. El Estado neoliberal globalizador se mantiene autoritariamente con enormes déficits de legitimidad democrática y de transparencia,[16] en tanto que no se promueve la participación y la deliberación pública de los asuntos colectivos. El Estado neoliberal globalizador no respeta el medio ambiente ni las culturas ancestrales, pues expolia y saquea intensiva y extensivamente los recursos naturales del planeta en beneficio de unos cuantos. Y el Estado neoliberal globalizador es el principal promotor de la pobreza y la desigualdad mundial. Es un Estado diseñado desde los intereses de las clases dominantes y, por tanto, alienta Estados racistas, clasistas y profundamente injustos que favorecen la represión policial de los débiles, la construcción de relaciones interpersonales basadas en el miedo, en el estereotipo, en la distancia física y en la sospecha.[17]

Las características neoliberales del nuevo Estado se integran desde nuestro punto de vista por los siguientes elementos, a los que en otro trabajo aludí:[18] *1*. Poderes fácticos nacionales y trasnacionales sin límites y controles jurídicos suficientes. *2*. Derechos fundamentales sin garantías plenas de realización, principalmente respecto a los derechos económicos, sociales y culturales. *3*. Débil democratización, transparencia, rendición de cuentas, eficiencia y eficacia de las instituciones del Estado. *4*. Supremacía de los tratados internacionales, principalmente los relacionados con el comercio, las inversiones y la propiedad, por encima de las Constituciones nacionales. *5*. Mecanismos débiles de Derecho Procesal Constitucional para no proteger con suficiencia los derechos fundamentales de carácter social ni los derechos colectivos. *6*. Instrumentos anticorrupción compatibles con los intereses de las grandes corporaciones trasnacionales. *7*. Reducción de la democracia participativa y deliberativa y con ello impulso de una democracia electoral manipuladora de los derechos políticos de los ciudadanos. *8*. Entrega del patrimonio de las naciones —sus recursos naturales— y de su explotación a los intereses foráneos. *9*. Inadecuada defensa de la soberanía nacional. *10*. Implantación del modelo económico neoliberal globalizador para someter al derecho y al Estado nacional en su provecho.

[16] Benz, Arthur, *El Estado moderno. Fundamentos de su análisis politológico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

[17] Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.*, pp. 161 y 162.

[18] Cárdenas Gracia, Jaime, "La construcción del Estado Constitucional en México", en Molina Piñeiro, Luis *et al.*, *¿Constitucionalizar democratiza*!, México, Porrúa-UNAM, 2011, pp. 82-105.

IV. EL GOBIERNO DE PEÑA NIETO Y LAS REFORMAS ESTRUCTURALES

El Pacto por México del 2 de diciembre de 2012 fue el instrumento político de las reformas estructurales promovidas por Peña Nieto, principalmente de la reforma constitucional energética a los artículos 25, 27 y 28 de la Constitución, y por ello requiere ser evaluado integralmente. Propongo los siguientes enfoques para el análisis del pacto: el político-constitucional, el jurídico, el internacional, el económico y el social.

Políticamente el Pacto por México integró con el gobierno federal a las tres fuerzas políticas más importantes del país (PRI, PRD, PAN), pero no comprendió al resto de los partidos (Partido del Trabajo, Movimiento Ciudadano, Nueva Alianza). El Pacto por México no sumó a las organizaciones sociales ni a las organizaciones empresariales. No existe en él, representación estatal ni municipal. No se incluyó en el pacto a los pueblos indígenas ni están formalmente en él los poderes fácticos. Fue un acuerdo político poco representativo, débilmente incluyente, que no respetó los derechos de las minorías y la pluralidad existente en el país. Fue elaborado y diseñado de espaldas a la sociedad y, en su puesta en marcha, por medio del Consejo Rector del Pacto, se repitieron las deficiencias aquí apuntadas.

Las cúpulas de los tres partidos mayoritarios negociaron el pacto y las militancias de esos partidos estuvieron ausentes. Los temas y el alcance o profundidad de cada uno de ellos fueron decididos por esas dirigencias y, no se ha justificado aún ante la sociedad, el por qué de esos temas y por qué con ese alcance. No se dio oportunidad para que los discursos alternativos a la hegemonía política —como el de los zapatistas o los miembros del Movimiento Regeneración Nacional (Morena)— expusieran sus preocupaciones, sus temáticas y, la profundidad con que debieran tratarse los asuntos.

Se trató de un pacto acordado sin luz ni taquígrafos, en lo oscurito. Se desconocen los motivos particulares que tuvieron los partidos o el gobierno para firmarlo. ¿Por qué lo firma Peña? ¿Por qué el PAN? ¿Por qué el PRD? Los motivos particulares que existen en cada caso son fundamentales para comprender los propósitos y los fines de cada una de las partes.

Se ha dicho que el Pacto por México equivale a los pactos que produjeron la transición a la democracia en España. Aseveración totalmente falsa. Los acuerdos españoles fueron para convocar a elecciones democráticas y a partir de ahí aprobar una nueva Constitución. Las temáticas del Pacto por México fueron disímbolas —contienen políticas públicas, medidas presupuestales, reformas legales y reformas constitucionales— y no tuvieron por objetivo la convocatoria a un congreso constituyente destinado a aprobar

una nueva Constitución. Los temas respondieron a los intereses particulares de los partidos signatarios y no fueron consecuencia de un diagnóstico previo sobre los grandes problemas nacionales. Fue un pacto elaborado sin estudios o análisis sobre lo que demandan y reivindican los ciudadanos.

Jurídicamente el Pacto por México tendió a centralizar decisiones y es poco federalista. Se propusieron así un Código Penal único, un Código de Procedimientos Penales único, un sistema nacional anticorrupción, reformas electorales y políticas centralistas, esquemas nacionales de seguridad pública, entre otras medidas, que fortalecieron a las autoridades federales sobre las locales y las municipales. En algunas materias, como la de medios de comunicación o la de telecomunicaciones, no se va al fondo del problema, que es el de la concentración monopólica en el sector, lo que obligaría a establecer porcentajes límite a las empresas y corporaciones para acceder al espacio radioeléctrico y a los servicios de telefonía menores de los que se aprobarían constitucionalmente —no existe una seria voluntad anti monopólica—. En los asuntos energéticos se trató de abrir la industria petrolera a la inversión privada y eso equivale a la privatización del petróleo en contra de lo que establecía el párrafo sexto del artículo 27 de la Constitución.

Internacionalmente no existió en el pacto una definición sobre el papel preponderante de los Estados Unidos en la política económica, comercial y de seguridad de nuestro país. El pacto se desentendió del intervencionismo del FMI o del Banco Mundial en nuestra economía. El pacto no abordó la relación y la posición que México debe tener respecto a la política de seguridad nacional de los Estados Unidos que nos considera dentro de su área de influencia. Ni siquiera buscó incorporar a los ciudadanos en la aprobación de los tratados internacionales para que esas relaciones tengan algún tipo de legitimidad democrática.

En economía, el pacto se inscribió en el canon neoliberal cuando éste modelo está en crisis en el mundo entero. No existió ni un solo renglón en el Pacto por México para reclamar una modificación a este modelo para poner coto a sus consecuencias económicas, sociales y políticas negativas. Se trató de un pacto neoliberal que representa el pensamiento único hegemónico de carácter mundial. No se apostó en él por un modelo alternativo.

Socialmente se procuró atender a los derechos económicos, sociales y culturales de los mexicanos dentro del modelo neoliberal. A los derechos sociales se pretendió satisfacerlos mediante programas sociales, pero no fueron tratados en el pacto como derechos humanos universales e indisponibles, directamente exigibles ante los tribunales. Los programas sociales, ya se sabe, son mecanismos de clientelismo político y electoral que no tomaron en serio los derechos de los seres humanos.

Las reformas constitucionales y legales del sexenio de Peña Nieto, que se denominan estructurales, tienen por objetivo modificar la estructura económica nacional que había sido establecida en el marco jurídico de nuestro país. Son reformas que en el discurso oficial pretenden el libre mercado, la competencia económica, el combate a los monopolios y, la promoción de la inversión nacional y extranjera, pero que en los hechos persiguen otros objetivos que comprometen la autodeterminación nacional. Se trata de reformas que proponen un modelo económico de nación muy diferente al que fue consagrado en los principios sociales de la Constitución de 1917 y en sus reformas posteriores, mismas que llegaron hasta la primera mitad de la década de los ochenta del siglo XX. La mayor parte de esas modificaciones jurídicas son consecuencia de recomendaciones de los organismos financieros internacionales o son producto de los acuerdos comerciales o de seguridad de nuestro país con el exterior.

En el actual sexenio deliberadamente se ha impulsado una agenda de transformación compatible con las características jurídicas que el neoliberalismo ha tenido en nuestro país: desmantelamiento del Estado de bienestar; reducción de los derechos económicos, sociales y culturales en contra de los derechos de los gobernados; saqueo de los recursos naturales en beneficio de las trasnacionales y de los poderes geopolíticos; homologación de nuestro sistema jurídico al derecho anglosajón; populismo penal que pretende resolver los problemas de seguridad con medidas puramente represivas; privatización del derecho público; subordinación del ordenamiento nacional al supranacional y a las redes jurídicas del neoliberalismo; democracia electoral de baja intensidad, sin democracia participativa y deliberativa; acuerdos internacionales como el ASPAN o la Iniciativa Mérida que no son aprobados por el Senado y mucho menos por los ciudadanos; pérdida de soberanía; apuntalamiento jurídico del modelo económico neoliberal para beneficiar a los poderes fácticos nacionales y trasnacionales; integración económica de nuestro país a los Estados Unidos, entre otros notas destacadas.

Si revisamos cada una de las reformas del gobierno en curso, advertimos que poseen rasgos claramente neoliberales, lo que no significa que desde años anteriores, desde la década de los ochenta del siglo pasado, no se hayan introducido en nuestro sistema jurídico modificaciones de ese género. Lo que caracteriza las reformas del actual gobierno comparado con las de los otros gobiernos neoliberales de México es la magnitud de los cambios y la brevedad del plazo en el que fueron aprobados. Las explicaciones de por qué se han dado estas reformas en tan corto tiempo y de manera atropellada —con violación a las decisiones políticas fundamentales, los procedimientos

legislativos y parlamentarios—[19] son diversas, una de ellas, desde mi punto de vista muy importante, tiene que ver con el pretendido fundamento de legitimidad política del actual gobierno, que no es interno —no se debe totalmente a los ciudadanos— sino fundamentalmente externo —se debe a los intereses trasnacionales—.

Cada una de las reformas muestra su carácter neoliberal. La reforma energética tiene por propósito entregar los recursos energéticos y la renta petrolera de la nación al poder trasnacional. Favorece el desmantelamiento del Estado y nos subordina a los intereses geopolíticos de los Estados Unidos. Desarticula el Estado de bienestar mexicano y, privatiza el derecho público mexicano. La trascendencia de la reforma energética reside en poner fin al paradigma constitucional y de desarrollo que se inició con la Constitución de 1917. La soberanía nacional se reducirá con esta reforma sensiblemente por la futura presencia de las grandes corporaciones trasnacionales de la energía en el territorio nacional, pues éstas están vinculadas a los centros financieros, políticos y militares más importantes del planeta. De esta suerte, la autodeterminación de nuestro país, se coloca, sin matiz alguno, en la órbita de los intereses geopolíticos estadounidenses.

En cuanto a la reforma en telecomunicaciones y radiodifusión, podemos decir que no garantiza el derecho a la información ni protege adecuadamente los derechos de las audiencias. Es una reforma para que las oligarquías nacionales y trasnacionales hagan negocios a costa de los recursos de la nación —el espectro radioeléctrico y el espacio aéreo—. Y no resuelve de fondo la concentración monopólica ya existente en México en telecomunicaciones y en radiodifusión.

La reforma educativa tuvo por finalidades: *1*. Promover la privatización de la educación pública del país. *2*. Modificar las relaciones laborales en el sector educativo mediante el Servicio Profesional Docente para restringir los derechos laborales de los maestros. *3*. Crear un organismo constitucional autónomo, el INEE (Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación), que además de oneroso e innecesario, nos ha sido impuesto por la OCDE.

Sobre la reforma político-electoral señalamos que es un cambio estructural neoliberal que propugna por una "democracia" electoral de bajo riesgo para esos intereses. Los temas fundamentales para la nación no se someten a la votación de los ciudadanos. Los ciudadanos no votamos las reformas constitucionales ni los tratados que afectan nuestros derechos y soberanía y que exclusivamente convienen a los grandes intereses trasnacionales.

---

[19] Cárdenas Gracia, Jaime, *Crítica a la reforma constitucional energética de 2013*, México, UNAM, 2014.

La reforma fiscal no elimina los grandes privilegios fiscales —la consolidación fiscal— de los que gozan las grandes empresas, por lo que no se desincentivan las prácticas monopólicas que afectan a toda la población. Esta reforma afecta a la clase media, pues muchos de los gravámenes sólo aplicarán a las personas físicas y no a las grandes empresas. Además, la reforma se orienta en la lógica de la privatización del sector energético, lo que redundará en mayor endeudamiento y carga fiscal sobre los contribuyentes cautivos, los trabajadores y los estratos medios de la población.

Respecto a la reforma bancaria o financiera podemos decir que no se orientó por criterios sociales —estableciendo obligaciones precisas para controlar las altas tasas de interés por el crédito— sino que se rige por el libre mercado, que en nuestro caso más bien se trata de un oligopolio bancario. Es una reforma que blinda a los banqueros frente a problemas de insolvencia, pero no blinda a los ahorradores frente a situaciones semejantes. Se trató de una reforma diseñada con criterios neoliberales, a la medida de los bancos que dominan y controlan el crédito en nuestro país para garantizar sus dividendos y los créditos que otorgan, y no para proteger los derechos de las personas.

La reforma en materia de competencia económica hace creer a la población que existe un compromiso por la competencia económica efectiva cuando el diseño normativo e institucional está construido para beneficiar a los grandes intereses trasnacionales en detrimento de los intereses económicos nacionales —los intereses trasnacionales no están en simetría con los nacionales— y de los derechos de los consumidores de nuestro país. Se empleó en esta reforma, y como estrategia, el dogma económico neoliberal de la competencia, pero las normas, las instituciones y principalmente los hechos, lo desmienten. Se busca que creamos que el mundo neoliberal es compatible con la competencia efectiva en los mercados cuando la competencia es imposible en él porque siempre se favorece a las grandes trasnacionales.

Sobre la reforma laboral, podemos decir que reconoció mecanismos que precarizan el derecho al trabajo tales como los contratos a prueba, el *outsourcing* y, el abaratamiento del despido laboral. Es una reforma que se sitúa en la línea de desarticulación del Estado de bienestar, tanto en sus lógicas de inspiración como en la regulación misma de los cambios jurídicos en contra de los trabajadores y de los sindicatos.

La reforma en materia de transparencia no enfrenta a los poderes fácticos —de ellos sólo son sujetos obligados los partidos y sindicatos pero no los poderes mediáticos y económicos—. Es una reforma centralista que concentra en el órgano garante nacional las principales competencias y, el diseño de este órgano, entrega a los partidos mayoritarios —por la facultad que

tienen para designar a los titulares del IFAI— el control de los asuntos de la transparencia y protección de datos personales del país.

Los objetivos de la reforma en materia de amparo consistieron en: *1*. Impedir que los reformas estructurales de carácter constitucional se impugnaran mediante el juicio de amparo. *2*. Limitar el interés legítimo y el amparo colectivo para que las colectividades no tengan vía expedita para oponerse a la violencia estructural que ejercen las grandes corporaciones trasnacionales cuando tienen de su lado a las reformas estructurales. *3*. Dejar sin atención los privilegios en el Poder Judicial federal. *4*. Reducir las posibilidades para que los mexicanos contemos con un amparo de carácter social. *5*. Rechazar cualquier intento para democratizar, por medio de la participación social, la jurisprudencia obligatoria.

El Código Nacional de Procedimientos Penales es producto de las recomendaciones internacionales para homologar o, al menos aproximar, el sistema jurídico de nuestro país al derecho anglosajón. Las modificaciones se inscriben en la visión neoliberal consistente en resolver los problemas sociales y económicos mediante medidas represivas contrarias a los derechos de las mayorías, por eso se "ponen a punto" los instrumentos del derecho penal sustantivo y procesal, los que sirven como instrumento de populismo y de propaganda y, como medio para criminalizar y hostigar a los opositores del modelo neoliberal. Además de los elementos de populismo penal que contiene, se trata de una reforma centralista que deroga las competencias de los Estados a favor de la Federación.

Las reformas anteriores, y otras que pueden ser aprobadas en los próximos años, completarán la transformación jurídica neoliberal de nuestro país. Las luchas sociales y políticas de muchos sectores nacionales estarán del lado de la reversión de esos cambios. El terreno para el descontento social está abonado porque se trata de reformas anti populares que han recibido y seguirán recibiendo el rechazo social.

V. Conclusiones

Los juristas propendemos a analizar lo jurídico desde variables estrictamente jurídicas y obviamos los elementos contextuales. Estimo que esas aproximaciones epistemológicas y metodológicas son equivocadas. Hoy no se puede estudiar ni reflexionar el derecho nacional sin tomar en consideración al derecho de la globalización, pero sobre todo, sin estudiar el proceso económico de la globalización neoliberal que promueve la desigualdad y la pobreza de

millones de seres y la riqueza de unos cuantos. En nuestro tiempo, no es posible aproximarnos a lo jurídico sin entender que es un componente que expresa las concepciones de los que tienen el poder nacional y mundial. No es que volvamos al determinismo marxista, porque el derecho en cuanto superestructura tiene una relativa autonomía de la estructura económica, sino que comprendamos que el derecho de ahora, es expresión de los sectores hegemónicos mundiales.

El neoliberalismo globalizador debe ser sometido al análisis crítico. Es imprescindible elaborar una teoría jurídica alternativa que esté a favor de los más débiles. En este sentido, debe mundializarse el constitucionalismo como lo propone Ferrajoli para encarar los efectos jurídicos negativos del neoliberalismo. Sin embargo, la nueva teoría constitucional de carácter mundial debe comprometerse con la ampliación de la participación y la deliberación social, política y jurídica, para que sean los ciudadanos los que definan el sentido, contenidos y alcance de los derechos humanos así como el diseño y actuación de las instituciones, tanto a nivel interno como externo. En las cuestiones fundamentales que atañen a cada sociedad y en el ámbito mundial, las decisiones últimas no deben estar en manos de instituciones elitistas sino que deben corresponder a las personas que componen cada comunidad, sea nacional, regional o mundial. Eso significa que las características elitistas de teorías como el neoconstitucionalismo deben ser eliminadas para que la soberanía regrese al pueblo.

Además, es necesario, para construir un derecho alternativo al del neoliberalismo globalizador, consolidar en México los medios de democracia participativa y deliberativa. Sin ellos, las sociedades no cuentan con instrumentos procesales de carácter horizontal para garantizar adecuadamente los derechos humanos ni los procedimientos democráticos. La teoría jurídica opuesta al neoliberalismo globalizador, debe propender a fortalecer el carácter alternativo del derecho frente al *status quo*, a garantizar la igualdad material de las personas, a realizar los derechos de los pueblos originarios, a introducir las distintas formas de participación democrática y deliberativa, a defender los recursos naturales a favor de la nación, a garantizar la rectoría económica del Estado-nacional sobre los intereses económicos nacionales y trasnacionales, a ampliar la garantía de los derechos sociales y colectivos y, a basar la organización social y jurídica en la solidaridad y en la cooperación frente al individualismo posesivo del neoliberalismo globalizador.

Fundamentalmente, la teoría jurídica debe desenmascarar la injusta faz del derecho que ha producido el proceso político-económico del neolibera-

lismo y, debe proponer las formas alternativas de un nuevo derecho para el siglo XXI. Como dice Boaventura de Sousa Santos, los fines de ese nuevo derecho alternativo consisten en: desmercantilizar las relaciones jurídicas y sociales; democratizar radicalmente las instituciones y los procesos de creación y aplicación normativa; y, descolonizar el Derecho para ponerlo al servicio de los más débiles, principalmente de los pueblos originarios.[20]

El Estado del neoliberalismo globalizador requiere ser desarticulado para que sea posible la igualdad y la garantía plena de los derechos humanos. Los poderes fácticos nacionales y trasnacionales deben someterse a suficientes controles jurídicos que sean dirigidos o al menos supervisados por los ciudadanos. Los derechos fundamentales deben contar con garantías plenas de realización, principalmente los derechos económicos, sociales y culturales. Es imperioso luchar por una democratización radical, al igual que por la transparencia, rendición de cuentas, eficiencia y eficacia de las instituciones del Estado.

Los tratados internacionales, principalmente los relacionados con el comercio, las inversiones y la propiedad, deben ser votados por los ciudadanos para poder entrar en vigor en los respectivos ámbitos territoriales. Los mecanismos de derecho procesal constitucional deben ser amplios y accesibles a cualquier ciudadano o grupo social para proteger con suficiencia los derechos fundamentales de carácter social y los derechos colectivos. Los instrumentos anticorrupción deben dirigirse fundamentalmente en contra de las grandes corporaciones trasnacionales.

La democracia participativa y deliberativa necesita ser estimulada en todos los ámbitos. El patrimonio de las naciones —sus recursos naturales— y su explotación deben corresponder exclusivamente a las naciones a través de sus Estados. La soberanía nacional debe seguir siendo un elemento importante para la definición del Estado. Y sobre todo, es imprescindible modificar el actual modelo económico neoliberal globalizador, y sustituirlo por otro, de naturaleza social que permita promover la industrialización interna y que fortalezca los mercados nacionales bajo criterios de solidaridad e igualdad.

No tengo duda acerca de que la sociedad mexicana en pocos años pedirá la abrogación de las reformas estructurales neoliberales por los injustos resultados económicos y sociales que éstas producirán en contra de los derechos humanos de millones de seres. La manera en que esa reversión se produzca dependerá de variables sociales, políticas y jurídicas, que en

[20] Sousa Santos, Boaventura de, *Refundación del…*, *op. cit.*, pp. 157-163.

este momento nadie puede identificar con precisión. Sin embargo, lo que ya es evidente señalar, es que un Estado que aspira a ser democrático y de derecho, es totalmente antitético con el modelo neoliberal globalizador que nos fue impuesto por una élite irresponsable y rapaz.[21]

[21] Cárdenas Gracia, Jaime, *El modelo jurídico del neoliberalismo*, México, UNAM, 2015 (en prensa).

LOS DERECHOS SOCIALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917

DE LOS DERECHOS SOCIALES COMO DERECHOS PROGRAMÁTICOS, A LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (DESCA) COMO DERECHOS HUMANOS

Rodrigo GUTIÉRREZ RIVAS*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes históricos y teóricos de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos.* III. *Mapa de los DESCA en la Constitución mexicana.* IV. *La reforma constitucional del 10 de junio de 2011: de las líneas programáticas a los derechos humanos.*

I. INTRODUCCIÓN

El 29 de julio de 2013 el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social emitió un comunicado de prensa por medio del cual dio a conocer los últimos resultados de la medición de la pobreza 2012. Ese día nos enteramos que en México, lejos de cumplirse las promesas de reducción de la pobreza que el gobierno anunció, en el país habíamos superado la cifra de 52.8 millones de personas pobres en 2010 a 53.3 millones de personas pobres en 2012. Si dicha situación se traduce al lenguaje de los derechos humanos (lo cual es muy sencillo si se toma en cuenta que los indicadores que utiliza el CONEVAL para medir la pobreza, son indicadores de los derechos a la vivienda, salud, alimentación, entre otros), la conclusión que se obtiene es que en México prevalece una condición de violación masiva de los derechos sociales que va en aumento.

Lo anterior es muy grave en sí mismo; sin embargo, se torna aún más grave cuando se sabe que hoy somos uno de los países de la región latinoamericana donde existe mayor retraso en la protección y garantía jurisdiccional de los derechos sociales. La situación es muy preocupante en tanto

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

que al no contar con pronunciamientos judiciales en la materia (tesis, jurisprudencia) que avancen en la delimitación y alcance del contenido esencial de los derechos al agua, a la salud, a la educación, a la alimentación, a la vivienda o al medio ambiente, la protección y garantía de los mismos permanece en una situación de penumbra donde sólo la administración pública decide —a partir de criterios discrecionales— a quiénes y cómo se les garantiza el acceso a determinadas necesidades e intereses que son fundamentales para poder desarrollar una vida con dignidad. Además, esa falta de criterios fundados en derecho, fomenta la solidificación de estructuras clientelares o corporativas que son tendencialmente discriminatorias y contribuyen a mantener estructuras inequitativas en la distribución de los recursos que generamos como sociedad.

Por todo lo anterior es muy importante destacar que hace cuatro años se produjo un cambio sustancial en nuestra Constitución que debería estar contribuyendo a revertir la situación de oscurantismo que aún prevalece en el campo de los derechos sociales. Como se sabe, el 10 de junio de 2011 fue aprobada una reforma constitucional que obliga a las autoridades a transitar del modelo de las garantías individuales al de los derechos humanos. La modificación del artículo 1o. constitucional, junto con el reciente reconocimiento dentro de la misma Constitución de los derechos al agua y a la alimentación, coloca al conjunto de los derechos sociales dentro de un marco de actuación institucional —así como de reflexión teórica— radicalmente distinto. Para decirlo en una sola oración: a partir de dicha reforma, los derechos sociales dejaron de ser líneas programáticas para convertirse en derechos humanos en un sentido fuerte, con eficacia directa y exigibles ante tribunales.

El objetivo central de este trabajo es explicar con detalle las claves de esa transformación constitucional y su repercusión en los DESCA. Para hacerlo, iniciaremos planteando un panorama sobre la situación previa a la reforma constitucional y su marco teórico de referencia. En segundo lugar, analizaremos el impacto de la transformación del artículo 1o. en los derechos sociales destacando las potencialidades de la misma.

II. Antecedentes históricos y teóricos de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos

La Constitución mexicana de 1917 fue la primera Constitución del siglo XX, en todo el mundo, que reconoció a los derechos sociales como derechos

humanos.[1] Como síntesis histórica del movimiento revolucionario de 1910, dicha norma consagró los derechos a la educación (artículo 3o.), a la propiedad social de la tierra y de las aguas (artículo 27), así como al trabajo y a la asistencia social (artículo 123).

Si esto fue así, cabe preguntar: ¿cómo es entonces posible que México sea uno de los países de la región latinoamericana donde existen menos sentencias sobre los derechos sociales (excluyendo los temas laboral y agrario)? Y en segundo lugar: ¿cómo es posible que prevalezca en el imaginario colectivo de los operadores jurídicos del país la idea de que los DESCA son sólo cláusulas políticas que orientan a la administración para actuar en el terreno de lo social?

Algunas hipótesis[2] que sugerirían respuestas a la primera cuestión pueden trazarse pensando en la coyuntura histórica en la que se formuló la Constitución de 1917. Si se toma en cuenta que la noción de Constitución que predominaba en México a inicios del siglo XX, era que ésta norma suprema era un documento fundamentalmente político, sería entonces fácil decir que las normas contenidas dentro de la misma (especialmente las sociales) eran cláusulas políticas con una eficacia jurídica débil.

Un segundo elemento que pudo haber influido en la construcción de la concepción programática (no jurídica) de los derechos sociales, es el hecho histórico de que México se adelantó 30 años al proceso de consolidación, a escala mundial, del modelo de Estado social y democrático de derecho que comenzaría a extenderse, teórica y jurídicamente, a partir de la Segunda Guerra Mundial siguiendo a la Ley Fundamental de Bonn de 1949. Tomando eso en cuenta, está claro que durante todo el primer periodo de desarrollo de los derechos sociales no hubo experiencias comparadas que ayudaran a ir discutiendo en paralelo el carácter normativo de los mismos.

En tercer lugar, aunque con mayor peso, está el hecho de que el desarrollo del sistema político mexicano, en el periodo postrevolucionario, estuvo marcado por el nacimiento de un partido de masas que desde 1929,

---

1 No conviene olvidar que antes del siglo XX, desde las primeras constituciones del siglo XVIII ya existían reivindicaciones de carácter social como el derecho a la instrucción, entre otros, consagrado en la Constitución francesa de 1793. Incluso antes —como lo señala Pisarello— "Entre 1215 y 1217 los *commoners* ingleses consiguieron que muchos de sus reclamos fueran incluidos no sólo en la Carta Magna sino también en una Carta Forestal que consagraba el derecho a madera, frutos y otros recursos vitales para la reproducción de las economías campesinas". Pisarello, Gerardo, *Un largo Termidor, la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático*, Madrid, Trotta, 2012, p. 40.

2 Las ideas que aparecen a continuación en este primer apartado fueron desarrolladas con más detalle en el texto: Gutiérrez, Rodrigo y Rivera, Aline, "México", en Escobar, Guillermo, *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Pamplona, Aranzadi, 2012.

y hasta la década de los 80, funcionó como un partido hegemónico que ocupó todos los espacios institucionales de poder, incluyendo el del Poder Judicial. Durante 70 años el país fue gobernado por el Partido Revolucionario (primero PNR, después PRM y finalmente PRI) que en su lucha por permanecer en el poder, falseó la democracia representativa, destruyó el pluralismo político, reprimió la disidencia social y anuló la división de poderes al ocupar prácticamente todos los espacios de las cámaras legislativas en el ámbito federal y estatal así como los del Poder Judicial, comenzando por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Este carácter autoritario del régimen, requirió que se pusieran en marcha estrategias de legitimación política basadas en prácticas clientelares y corporativas. Dentro de ese marco, los derechos sociales se convirtieron en una de las herramientas más eficaces de control social y desmovilización ciudadana. Las políticas de reparto de tierras y agua, los programas de prestación en materia de vivienda, salud o de atención a la pobreza (otorgados de forma discrecional y a condición del voto de los electores), se convirtieron en vías óptimas para negociar con los sectores sociales en situación de mayor pobreza y calmar las exigencias de quienes potencialmente podrían convertirse en actores antisistema.

Para todo ello resultaba de enorme conveniencia tener una concepción teórica de los DESCA alejada de una noción fuerte de los derechos humanos (que imponen obligaciones inaplazables a los Estados), y construida a partir de la idea de líneas programáticas. La noción de "líneas programáticas" condujo a pensar los derechos sociales sólo como orientaciones de política pública que facultan a la administración para actuar en el terreno de lo social. Lo anterior permitió abrir un margen amplio de discrecionalidad administrativa, sin obligaciones claras, muy funcional al sistema. En pocas palabras, la necesidad del sistema autoritario de construir una base de legitimidad social se apoyó en una noción altamente restrictiva de los DESCA que en la práctica se tradujo en "programas focalizados, asignados a clientelas políticas de forma discrecional y que pueden ser reversibles de acuerdo con la administración en turno".[3]

Como ocurre en todos los procesos de construcción y consolidación de los marcos jurídico-políticos, lo anterior no estuvo aislado de la reflexión teórica. Si se lleva a cabo una revisión de los textos académicos producidos desde mediados del siglo XX hasta finalizar el mismo, se descubre que —con matices— la mayoría de los autores suscriben y robustecen la tesis de los derechos sociales como cláusulas programáticas de las que se desprenden sólo

3 Gutiérrez, Rodrigo y Rivera, Aline, "México…", *op. cit.*, p. 188.

obligaciones de hacer, costosas y sin eficacia directa. En este último sentido se pronunció Ignacio Burgoa (uno de los autores más leído y consultado durante el periodo) quien consideró que los derechos sociales permanecen como declaraciones ineficaces hasta el momento en que sean desarrollados por la legislación secundaria.

Si bien es cierto que dicho autor, junto con la mayoría de quienes escriben en la época, reconocen que los derechos sociales son herramientas orientadas a proteger a las clases desfavorecidas (clase obrera y clase campesina), también lo es que la mayoría subraya su carácter programático. En ese sentido es representativa la posición de Ruiz Massieu quien considera que la Constitución contiene disposiciones programáticas "que establecen simplemente directrices de acción… y no se perfeccionan de manera automática"[4] representando para el pueblo "la esperanza de que algún día se acatarán". De acuerdo con estas tesis, según las cuales los derechos sociales son normas declarativas, no coercitivas, el correlato era que las mismas no podían ser defendidas mediante juicio de amparo por lo que la falta de su cumplimiento sólo se podría castigar por otros medios como las elecciones.

Si bien éste no es el espacio para profundizar en el análisis de la concepción teórica de los DESCA que prevaleció en la época, sí podemos decir, con base en anteriores esfuerzos de investigación,[5] que la mayor parte de los teóricos del siglo XX —con excepciones como a las de Campillo Sainz— consideraron que si bien los derechos sociales son derechos de las clases desprotegidas, se trata de cláusulas programáticas no justiciables[6] cuya naturaleza y estructura es diferente a la del resto de los derechos humanos.

Dicho lo anterior parece que queda bastante claro cuál era el marco teórico dominante que interpretó el alcance de las normas constitucionales

---

[4] Ruiz Massieu, Francisco, "El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud" en Ruiz Massieu, Francisco y Valadés, Diego, *Nuevo derecho constitucional mexicano*, México, Porrúa, 1983, p. 418.

[5] Gutiérrez, Rodrigo y Rivera, Aline, "México…", *cit.*, pp. 193-203.

[6] Sobre este tema diversos autores se pronuncian de forma distinta. Hay quienes sostienen que los derechos sociales no son justiciables por medio del juicio de amparo como el caso de González, Enrique, *Manual de derecho constitucional*, México, Porrúa, 1978. Castro, Juventino, *Lecciones de garantías y amparo*, México, Porrúa, 1978. También están quienes sostienen que deben crearse leyes para desarrollar su contenido e instancias especiales para hacerlos justiciables como el caso de Rojas Caballero, Ariel, *Las garantías individuales en México*, México, Porrúa, 2002; otros quienes señalan que el juicio de amparo debía "socializarse" para que fuera procedente contra las violaciones a las garantías sociales como el caso de Trueba Urbina, Alberto, *La primera Constitución político-social del mundo: teoría y proyección*, México, Porrúa, 1971 y también quien considera que el juicio de amparo puede tutelar garantías sociales pero sólo por medio de la garantía de legalidad contenida en los artículos 14 y 16 constitucionales como el caso de Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, 39a. ed., México, Porrúa, 2002.

relativas a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. Lo que interesa hacer a continuación es analizar la transformación radical que supone la reforma del 10 de junio de 2011 relativa a los derechos humanos y en especial la modificación del artículo 1o. constitucional. Sin embargo, antes de iniciar ese análisis, conviene que el lector, tenga un mapa general sobre la ubicación de los derechos económicos, sociales culturales y ambientales en la Constitución mexicana.

III. Mapa de los DESCA en la Constitución mexicana

Por razones de sistematicidad trazaremos el mapa constitucional de los DESCA siguiendo su orden de aparición. Es así que conviene comenzar por el artículo 3o. que reconoce el derecho a la educación. Si bien este artículo tiene su antecedente en la Constitución de 1857 (cuyo artículo 3o. señalaba de forma sucinta "La enseñanza es libre"), en los debates del Constituyente de 1917, esta formulación fraseada originalmente en clave de libertad fue reorientada en un sentido social, convirtiendo a la educación primaria en pública y gratuita. En las discusiones sobre esta materia se puso énfasis en la necesidad de que el Estado desempeñara una función social, restringiendo la libre enseñanza de los particulares (sobre todo la de las iglesias, quienes durante el siglo XIX se habían apoderado de las escuelas) con el fin de proporcionar, a todas las personas, un acceso igualitario a la educación laica. A partir de entonces el Estado quedaría obligado a construir y mantener un sistema educativo nacional con el objeto de garantizar el acceso de cualquier persona a las escuelas primarias. El artículo ha sido reformado en nueve ocasiones (la última el 26 de febrero de 2013) y en la actualidad el Estado mexicano tiene la obligación de garantizar el acceso de todas las personas que lo requieran, a los niveles de educación preescolar, primaria y secundaria las cuales serán obligatorias y gratuitas. Es necesario señalar que el derecho a la educación también ha sido reconocido en otros artículos de la Constitución, como son el 2o. y 4o. cada uno de los cuales refuerza y amplía las obligaciones estatales hacia grupos específicos, como los indígenas y los niños y las niñas, respectivamente.

El siguiente derecho social, en orden de aparición, es el derecho a la alimentación que se encuentra en el tercer párrafo del artículo 4o. constitucional. Su incorporación dentro de la norma suprema fue resultado de años de esfuerzos y luchas emprendidas por organizaciones sociales y campesinas quienes presionaron de forma intensa para lograrlo. Debido a que la incorporación de este derecho fue posterior a la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, su redacción —aunque muy escueta— retoma algunos de los

elementos del contenido esencial mínimo del derecho identificados por la observación general núm. 12 emitida por el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU (Comité DESC), que es el órgano autorizado para interpretar el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Puede decirse que en materia de alimentación el "constituyente" permanente, aunque de forma limitada, llevó a cabo un esfuerzo de armonización entre el derecho internacional de los derechos humanos con el derecho interno. Como ocurre con otros derechos, los artículos 2o. y 4o. de la Constitución también consagran la obligación estatal de garantizar la alimentación cuando se trata de comunidades indígenas, y de niñas y niños, respectivamente.

En el siguiente párrafo de ese mismo artículo 4o. se encuentra reconocido el derecho a la salud. Éste fue elevado a rango constitucional, de una forma indirecta, en la reforma del 18 de marzo de 1980 como una obligación que los padres tenían hacia sus hijos de preservar la salud física y mental. Después, por medio de la tercera reforma (3 de febrero de 1983), ya se identificó al Estado como sujeto obligado al señalar en el texto constitucional que toda persona tiene el derecho a la protección de la salud.

A diferencia del derecho a la alimentación, la redacción de este derecho no precisa ningún elemento sobre el contenido esencial mínimo ni especifica las obligaciones del Estado en la materia, simplemente ordena que sea el legislador quien defina las bases y modalidades para el acceso y disfrute de los servicios de salud. Es también importante decir que al igual que en el caso del derecho a la educación, la Constitución mexicana hace referencias en sus artículos 2o. y 4o. relativas al derecho a la salud en las comunidades indígenas y niñas y niños, respectivamente.

En el quinto párrafo de ese mismo artículo 4o. se encuentra el derecho a un medio ambiente adecuado que fue elevado a rango constitucional el 28 de junio de 1999. Doce años después, en la reforma al artículo 4o. del 8 de febrero de 2012, se cambió el adjetivo "adecuado" por "sano" y además se sumó la noción de responsabilidad por daño o deterioro ambiental. Debido a que hoy no existe un documento elaborado por el Comité DESC o algún otro órgano que haya precisado con claridad el contenido esencial mínimo del derecho a un medio ambiente, el instrumento principal que sirve como guía para intentar clarificar el alcance y contenido esencial mínimo del derecho al medio ambiente es la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente. Sin embargo, debido a que dicha norma no fue elaborada a partir del marco de los derechos humanos, su estructura y redacción no contribuyen en la clarificación de lo que ese derecho supone y cuál es su alcance.

Una situación muy distinta acontece con el derecho humano al agua cuyo contenido está claramente identificado en la observación general núm. 15 elaborada por el Comité DESC. Varios de los elementos de dicha observación fueron retomados por el poder reformador quien decidió establecer el 8 de febrero de 2012, en el párrafo sexto de la Constitución, el derecho humano al agua y al saneamiento. Aunque se trata de un derecho que tiene importantes puentes de relación con la naturaleza y el medio ambiente (no se puede pensar en la reproducción del ciclo del agua sin los bosques y los suelos), su contenido esencial está más bien orientado a garantizar una cantidad mínima indispensable de agua para el uso personal y doméstico de cada persona. Sumado a ese derecho está el derecho al saneamiento, que no se reduce a que cada persona pueda contar con agua de calidad sino más bien a que cada vivienda pueda tener un sistema de drenaje que garantice condiciones de salubridad.

El quinto derecho reconocido en el artículo 4o. de la Constitución es el derecho a la vivienda digna y decorosa que aún y cuando no fue incluido en el texto original de la Constitución de 1917, es de los que tienen un anterior reconocimiento (7 de febrero de 1983). En la actualidad se encuentra en el párrafo séptimo del artículo 4o. cuya redacción es “Toda familia tiene el derecho a disfrutar una vivienda digna y decorosa. La ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar dicho objetivo”. Como puede observarse de acuerdo con la redacción constitucional el derecho a la vivienda no es de las personas sino de las familias, situación que debería ser corregida en la interpretación que pudieran hacer los jueces del mismo al utilizar el PIDESC y la observación general núm. 4 del Comité DESC donde se ubica como sujeto titular a las personas.

Finalmente, en el párrafo doceavo del artículo 4o. (reformado el 30 de abril de 2009) se reconoce a todas las personas el derecho de acceso a la cultura “y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales.” Si bien es cierto que el derecho a la cultura ya tiene antecedentes en el artículo 2o. constitucional, donde se reconoce la composición pluricultural de la Nación mexicana “sustentada originariamente en sus pueblos indígenas”, a quienes se les reconoció el derecho a la autonomía y libre determinación para preservar y enriquecer “todos los elementos que constituyan su cultura e identidad”, hoy el debate se ha ampliado a todos los sectores prometiendo un campo e discusión de enorme complejidad y riqueza.

Del artículo 4o. debemos pasar al artículo 5o. que, si bien no es el corazón del derecho al trabajo en un sentido social, en sus dos primeros párrafos se establece el derecho que toda persona tiene de elegir la profesión que más

le interese o convenga, siempre y cuando no se afecte a terceros. La redacción de este artículo está más bien orientada a evitar la imposición o restricción a la libertad de elegir una profesión, aplazando el reconocimiento del derecho al trabajo como un derecho social hasta el artículo 123.

Antes de ello tenemos el derecho a la propiedad social de la tierra (artículo 27) que, junto con el derecho a la educación y al trabajo, fue consagrado en la redacción original de la Constitución de 1917. En el caso de la tierra, los constituyentes que representaban al sector revolucionario, consideraron que ésta debía convertirse en un instrumento reformador de las estructuras socioeconómicas. Por ello se produjeron importantes debates en torno a la necesidad de supeditar los derechos individuales de la propiedad a los derechos superiores de la colectividad. Fue así como en el artículo 27 constitucional se convirtió en el emblema de la lucha campesina, estableciendo una nueva forma jurídica del derecho de propiedad, otorgándole una función social (que hoy está intentando ser revertida por la contra reforma neoliberal).

Como ya lo hemos señalado más arriba, el derecho al trabajo, junto con el derecho a la tierra, fueron las dos conquistas jurídicas más relevantes posteriores a la Revolución. Por medio del artículo 123, se cristalizaron, por primera ocasión en el constitucionalismo moderno, los derechos de la clase obrera. Así, la primera redacción de este artículo —uno de los más extensos de la Constitución—, consagró diversas reivindicaciones obreras como: jornada máxima de trabajo, descanso obligatorio, derecho de lactancia de las madres trabajadoras, salario mínimo, derecho a igual salario para igual trabajo, pago de horas extras, responsabilidad patronal por accidentes de trabajo, derecho a la sindicación, derecho a la huelga, sanción del despido injustificado, así como la creación de juntas de conciliación y arbitraje para dirimir conflictos, entre otros. Siendo el segundo artículo más reformado de la Constitución, ha sido modificado en veinticuatro ocasiones.

Una vez descrita de forma muy panorámica la ubicación de los DESCA en la Constitución mexicana es importante señalar que la mayoría de ellos cuenta con una o varias leyes de desarrollo (garantías primarias) que precisan su alcance, identifican las obligaciones de las autoridades y establecen los mecanismos de aterrizaje y aplicación. Sin embargo, en el caso de que las autoridades fallen en el ejercicio de sus funciones y no cumplan con las obligaciones establecidas, provocando con ello la violación de cualquiera de los derechos descritos —ya sea por acción u omisión—, sería indispensable que los ciudadanos pudieran contar con la posibilidad de poner en marcha una garantía secundaria (por ejemplo, el juicio de amparo) para denunciar la violación, exigir el cumplimiento e incluso la reparación. Sin embargo,

si dicha garantía secundaria no existe o se niega, la violación nunca podrá ser denunciada quedando la ciudadanía en indefensión sin poder exigir la reparación. Ésa era la situación general en la que se encontraba la ciudadanía en el campo de todos los derechos sociales (excepto los laborales) hasta antes de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Después de ella, la relación de la ciudadanía frente a esos derechos cambio 180 grados. Con base en la modificación del artículo 1o. constitucional que incorporó principios, cambió denominaciones y estableció obligaciones, hoy los derechos sociales cambiaron de estatus y se convirtieron en normas equivalentes a los derechos civiles y políticos que ya no deberían encontrar ningún obstáculo para poder ser reclamados vía amparo en tribunales.

En las siguientes páginas habremos de detallar las claves de esa transformación que nos deberían permitir transitar en la práctica (no sólo en la dogmática y la teoría) del modelo excluyente de las garantías individuales al modelo incluyente de los derechos sociales como derechos humanos.[7]

IV. La reforma constitucional del 10 de junio de 2011: de las líneas programáticas a los derechos humanos

Para exponer con mayor claridad las transformaciones más relevantes derivadas de la reforma al artículo 1o. de la Constitución, conviene transcribir la redacción anterior del primer párrafo de dicho artículo y compararla con la actual. Antes de junio de 2011 dicho párrafo señalaba que:

> En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

El primer párrafo actual establece:

> En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece.

---

[7] Algunas de las ideas y líneas argumentales que se presentan a continuación fueron publicadas previamente en Gutiérrez, Rodrigo, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos" en Cervantes, Malena *et al.*, *¿Hay Justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?,* México, IIJ-UNAM y SCJN, 2014.

Un primer aspecto que interesa destacar de este cambio de redacción tiene un carácter gramatical. Se trata de la sustitución del concepto de *garantías* establecido desde la Constitución de 1917, por el de *derechos humanos.* Lo anterior, que podría parecer una cuestión menor, tiene implicaciones prácticas de enorme relevancia para la justiciabilidad de los derechos sociales. No puede olvidarse que la noción de *garantía individual* fue la categoría con base en la cual se fundó la distinción entre distintos tipos de derechos. De un lado, las garantías individuales como sinónimo de los derechos (civiles) de primera generación, cuyas violaciones podían reclamarse por medio del amparo; del otro, los DESCA como derechos de "naturaleza" distinta con carácter programático y por ello no justiciables. Por tanto, una parte importante de los mitos relativos a la "naturaleza" diferenciada entre ambos grupos de derechos, encontraron en el concepto de *garantía* la mejor base de apoyo para dejar fuera de la protección judicial a los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

De esta forma al expulsar el concepto de garantías de la redacción del artículo 1o. y sustituirlo por el de derechos humanos, se dinamita la base de apoyo de las distinciones entre derechos y se establece una nueva denominación, más incluyente, que no distingue entre generaciones ni naturalezas diferenciadas. Ya hoy nadie puede decir que la Constitución distingue entre generaciones o tipos de derechos. El concepto *derechos humanos* del artículo 1o. incluyen tanto a los civiles y políticos como a los económicos, sociales, culturales y ambientales, todos gozando del mismo estatus y por tanto todos ellos igualmente exigibles ante tribunales.

Cabe además agregar que esta transformación conceptual servirá para aclarar la confusión histórica, entre garantías y derechos, que dominó en México por años. Durante todo el siglo XX, una parte importante de los operadores jurídicos en el país no tenían del todo claro que la violación de una garantía individual, era la violación de un derecho humano. Por ello las discusiones sobre los derechos humanos fueron pensadas como discusiones entre diplomáticos, relacionadas con el derecho internacional, ajenas a nuestro ordenamiento interno, o cuando más (a partir de la década de los 90) como situaciones que debían resolver las comisiones de derechos humanos, pero nunca como la materia principal de trabajo de los tribunales federales.

La segunda cuestión relevante de la reforma al artículo 1o. se desprende de la relación que existe entre los párrafos primero y segundo del mismo. En el primero —como ya se dijo— se establece que todas las personas gozarán

de los derechos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales, mientras que en el segundo se señala que:

> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Como puede observarse, en este segundo párrafo se incluyó el principio de *interpretación conforme*, que en relación con lo estipulado en el primer párrafo consolida aquello que en el ámbito de la teoría se ha denominado como *bloque de constitucionalidad* y que a partir de la interpretación elaborada por la Suprema Corte en la sentencia 293/2011 en México se ha denominado como parámetro de control de regularidad constitucional. Independientemente del nombre, lo anterior se traduce en la ampliación del ámbito de interpretación y validación de las normas jurídicas a partir no sólo de la Constitución, sino también y de manera complementaria de las normas internacionales relativas a los derechos humanos.

En otras palabras, se consolida jurídicamente un vínculo estrecho entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos que obliga a los jueces, así como a otros operadores jurídicos, a resolver los casos que se les presenten, utilizando ambas fuentes del derecho como un conjunto normativo indisoluble y sin jerarquías. Por lo que se refiere a la última oración de este segundo párrafo conviene decir que al lado del principio de interpretación conforme se ha sumado el principio *pro persona*. Éste último es el primer criterio que deberá orientar a las autoridades cuando enfrenten posibles antinomias y discordancias entre Constitución y tratados de derechos humanos, eligiendo aquel criterio que resulte más beneficioso para la persona.[8]

Esta reciente integración constitucional de los tratados de derechos, junto con los principios de interpretación conforme y *pro persona*, tienen una función muy relevante en el debate y la práctica de la exigibilidad y justiciabilidad de los DESCA. En primer lugar porque al incorporar dentro del orden interno a todos los tratados de derechos, sin establecer distinciones, se incluyen todos aquellos que reconocen a los DESCA.[9] De esta forma, el

---

[8] Sin poder entrar en el debate de fondo, cabe dejar apuntado que a partir de la consagración constitucional del principio *pro persona*, se estaría trastocando el de *jerarquía normativa* para ser sustituido por uno de *prioridad material*. La norma más importante ya no es la de mayor jerarquía sino aquella que proteja más a la persona, incluso si dicha norma se encuentra en un bando municipal.

[9] Algunos de las más relevantes son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el Protocolo a este mismo Pacto; todos los Convenios de

mandato jurídico que se lanza desde la Constitución hacia todas las autoridades estatales es que todos los derechos humanos, incluyendo a los DESCA, gozan de la misma jerarquía y todos son igualmente vinculantes. En segundo lugar, porque sumados a los tratados, se incorporan todos aquellos estándares internacionales generados por los organismos expertos[10] en el ámbito internacional de los derechos humanos.

Esos estándares son los criterios interpretativos que permiten precisar el contenido de los derechos, así como las obligaciones que se desprenden de los mismos. Todo ello aporta las bases para descartar los mitos según los cuales los derechos sociales tienen contenidos vagos o bien que sus obligaciones son imposibles de identificar. Cuando se consultan las observaciones generales emitidas por el Comité DESC, se aprecia el avance y la claridad con la que se ha definido el contenido de los derechos, así como las obligaciones que derivan de los mismos.

Ya que se ha abordado el tema de las observaciones generales, no está demás aludir a los párrafos primero y quinto de la observación general 3 mediante los cuales el Comité DESC ha precisado que, del texto del artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), derivan obligaciones hacia los estados parte que tienen un efecto inmediato; una de dichas obligaciones es la de establecer recursos judiciales efectivos que permitan a las personas reclamar la posibles violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

Vale la pena también detenerse en el párrafo tercero de artículo 1o. constitucional reformado donde se señala lo siguiente:

> Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

En la primera oración de este tercer párrafo se especifican las obligaciones que las autoridades adquieren frente a los derechos de las personas y los principios que rigen a los mismos. En relación con las obligaciones conviene

---

la Organización Internacional del Trabajo (que protegen trabajadores, migrantes, pueblos indígenas, etc.) así como el Protocolo de San Salvador, que es el instrumento de protección de los DESC en el sistema regional interamericano.

[10] Algunos de ellos son el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comités de expertos de la OIT, Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre otros.

subrayar que el párrafo inicia con la palabra "todas", indicando que la totalidad de las autoridades estatales quedan vinculadas por las obligaciones más adelante detalladas, lo que incluye a la administración pública, a las legislaturas y por supuesto a los jueces quienes quedan obligados a involucrarse en todas las materias incluyendo las de los derechos sociales.

Por lo que se refiere al tipo de obligaciones señaladas en la Constitución es interesante destacar que su clasificación (promover, respetar, proteger y garantizar) proviene del debate internacional relativo a los derechos sociales que se ha extendido a los demás derechos. En cualquier caso, el hecho de que se establezcan el mismo tipo de obligaciones para todos los derechos (la Constitución no hace distinciones entre unos y otros) supone el reconocimiento constitucional de que, así como cualquier derecho civil o político puede implicar una obligación de garantizar (y, por tanto, la necesidad de invertir recursos como sucede, por ejemplo, en materia de seguridad o con el financiamiento destinado a los partidos políticos para garantizar el derecho al voto), los derechos sociales, también pueden imponer una obligación de respeto (que implica una no interferencia en la vida de las personas o colectivos y que, en principio, no requiere gasto alguno).

Esto es importante subrayarlo debido a que uno de los argumentos más recurridos en contra de la justiciabilidad de los DESCA —como se indicó en las primeras páginas de este trabajo—, era que se trataba de derechos que siempre implicaban obligaciones positivas —o de garantía— y, por ello, conllevaban un ineludible gasto de recursos.

También conviene señalar que en la última oración del tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución se desprende otro conjunto importante de obligaciones que deben ser atendidas por las autoridades estatales para intentar evitar que se produzcan violaciones a los derechos o bien cuando éstas se produzcan exista una respuesta por parte del Estado. Estas cuatro obligaciones son de la mayor relevancia para los DESCA. La primera es la de prevenir que impone un mandato para que el Estado lleve a cabo las acciones (u omisiones correspondientes) que permitan evitar la potencial violación de esos derechos fundamentales. En el caso de que sea denunciada una violación de los derechos sociales, las autoridades estatales deberán llevar a cabo las acciones investigativas correspondientes para conocer las circunstancias del caso y generar la información necesaria. En el caso de que se verifique que la violación ha tenido lugar, el Estado, queda obligado a sancionar a los responsables y a reparar los daños ocasionados. Insistimos en que todo lo anterior es de especial importancia para los derechos sociales en tanto que muchas de las violaciones a los mismos (por ejemplo, los desplazamientos forzados de personas y comunidades por la construcción de mega obras, la

devastación masiva de tierras y territorios, la contaminación o agotamiento de grandes fuentes de recursos hidráulicos, entre muchos otros), suelen no ser investigadas y por tanto quedan sin sanción y sin reparación generando altos grados de impunidad estatal y devastación de las condiciones materiales para la reproducción de los pueblos y comunidades.

En medio de los distintos tipos de obligaciones que aquí hemos señalado, el párrafo tercero del artículo 1o., también enuncia un conjunto de principios que son los que deberán orientar a las autoridades en el cumplimiento de sus deberes. Dichos principios son el de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. El primero de ellos indica que todos los derechos son atribuidos a todas las personas; en otras palabras, dicho principio implica que todas las personas (y no sólo algunas de ellas) son titulares y pueden ejercer los derechos pudiendo alegar pretensiones equivalentes en condiciones similares.

Es un principio que se opone a cualquier estructura de organización social basada en privilegios donde los intereses y las necesidades relevantes sólo quedan al alcance de unos cuantos. En este sentido el principio de universalidad —como se indicó más arriba— guarda una estrecha relación con el principio de igualdad y no discriminación. Implica que todas las personas, independientemente de su lugar de nacimiento, de su adscripción religiosa, su condición de género o preferencia sexual es titular de dichas pretensiones. Se trata de un principio relevante para comprender el alcance de los DESCA porque hasta ahora, desde una perspectiva tradicional, estos derechos han sido considerados derechos sólo de algunos grupos (trabajadores, campesinos); sin embargo, a partir de la reforma a la Constitución esos derechos (al igual que todos los demás) son para todas las personas.

El segundo y tercer principio —el de interdependencia e indivisibilidad— implican que todos los derechos (civiles, políticos, sociales, culturales etcétera) se encuentran entrelazados de forma estrecha en una relación de interconectividad. El posible ejercicio de cada uno de ellos depende de que los demás también estén protegidos. En sentido opuesto, la vulneración de un derecho supone poner en riesgo a los demás. Por ejemplo: si una persona no goza de una alimentación adecuada, se pone en riesgo su derecho a la salud y correlativamente su derecho al trabajo. A la vez, cuando una persona no tiene acceso a un salario suficiente, tendrá mayores dificultades para defender su voto (no venderlo).

Por ello el derecho internacional ha insistido en esta relación de reciprocidad y dependencia que obliga a las autoridades a entender el universo de los derechos como unidad sin jerarquías donde los componentes sólo pueden subsistir en una condición de interdependencia e indivisibilidad.

La idea fuerte que está detrás de todo ello es que no hay derechos más importantes que otros, sino que todos forman un conjunto indivisible cuyo respeto, protección y garantía debe ser integral. Estos dos principios son de enorme importancia para la justiciabilidad de los DESCA ya que como se ha explicado en párrafos anteriores, bajo el marco tradicional de las garantías individuales se les consideró como derechos de segunda o tercera generación y de menor importancia que los civiles y políticos.

Finalmente, aunque no por ello de menor importancia, el principio de progresividad también tiene relevantes implicaciones para los DESCA. Este principio se encuentra establecido en el artículo 2.1 del PIDESC que establece que los Estados se comprometen a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr *progresivamente* la plena efectividad de los derechos. La palabra *progresivamente* supone que los Estados tienen márgenes temporales para avanzar en la garantía de los derechos y pueden establecer plazos para ello. Es verdad que este concepto supone que el respeto y protección de los derechos no puede ocurrir de la noche a la mañana; sin embargo, al mismo tiempo, el principio también exige que los Estados den pasos a favor del avance de los derechos y lo que es más importante, que no retrocedan en ello.

Como lo ha subrayado la doctrina más acreditada en la materia: el principio de progresividad implica una prohibición de regresividad.[11] En otras palabras, el Estado no puede dar marcha atrás en las normas, políticas y programas que supongan un avance en el respeto, protección y garantía de los mismos. Lo anterior es de la mayor relevancia para los DESCA en un escenario económico y político marcado por iniciativas de ley o incluso de reforma constitucional que están dando marcha atrás a las conquistas históricas de trabajadores, campesinos y mujeres debido a las presiones de los poderes privados que luchan por desmontar las estructuras sociales del Estado. La reciente modificación de la Ley del Trabajo o las iniciativas que buscan acabar con las formas de propiedad social de la tierra son claramente regresivas y por ello podrían ser consideradas inconstitucionales al violar el principio de progresividad de los derechos.

Como puede observarse después de todo lo dicho, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 tiene muy relevantes implicaciones en el mundo de los derechos humanos, por ello han aparecido expresiones como las de transformación paradigmática o giro copernicano en la materia. Por lo que se refiere al tema de los derechos sociales cabe decir que la trasfor-

[11] Véase Courtis, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Buenos Aires, Ediciones Del Puerto, 2006.

mación dogmática es de gran trascendencia. Se rompe el esquema de los derechos separados en cajones estancos debido a una supuesta naturaleza diferenciada de los mismos y se impone la lógica de la interdependencia e indivisibilidad, lo que coloca a todos los derechos en el mismo rango de jerarquía e importancia acabando con el mito de la no justiciabilidad de los derechos en México.

DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917 AL ACTIVISMO DIALÓGICO: APORTES LATINOAMERICANOS EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES*

Óscar Parra Vera**

I. Introducción

Existen, entre otros, tres importantes aportes latinoamericanos al debate global sobre la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

* Este escrito se ha nutrido de investigaciones realizadas en el marco de otro artículo por publicarse en inglés bajo el título "The Protection of Social Rights", en Gargarella, Roberto y Gonzalez Bertomeu, Juan F. (eds.), *The Latin American Casebook*, Ashgate, 2015. Uno de los objetivos de dicha investigación implicó la selección de párrafos de las principales decisiones latinoamericanas en materia de derechos sociales, de tal forma que el lector tenga un conocimiento de primera mano sobre la narrativa empleada por los jueces al pronunciarse sobre el tema. Ello explica la cita textual de varios párrafos de las mencionadas sentencias, dado su valor pedagógico. Agradezco la asistencia investigativa de Jorge Parra, Karina Carpintero y Daniel O´Farrill Cortés.

** MSc Candidate in Criminology and Criminal Justice, University of Oxford. Se desempeñó como Abogado coordinador en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como Becario "Rómulo Gallegos" y consultor de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ha sido visitante de investigación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Correo electrónico: *oscar.parra-vera@st-hildas.ox.ac.uk*

En primer lugar, la consagración de los derechos sociales en la Constitución mexicana de 1917 constituye el primer antecedente de esta naturaleza en el constitucionalismo comparado. Este acontecimiento se enmarca en el llamado "derecho social", el cual surge como contrapeso o contracara de la "igualdad formal" en la que se había avanzado legalmente. El derecho social implica un reconocimiento de la desigualdad y de la necesidad de medios para corregirla y, en ese sentido, va más allá del arquetipo liberal del individuo aislado sin mayores lazos de solidaridad en su comunidad. Autores como García Ramírez resaltan que los derechos sociales establecidos en aquella ocasión se concentraron en la cuestión agraria y la cuestión obrera. Además, se confirmó el carácter laico de la enseñanza impartida en establecimientos oficiales, así como la gratuidad de la enseñanza pública primaria.[1]

En segundo lugar, en América Latina se ha adoptado una noción de bloque de constitucionalidad con ciertas particularidades que le ha permitido contribuir a la exigibilidad de los derechos sociales atendiendo a las particularidades del contexto latinoamericano. Si bien la expresión "bloque de constitucionalidad" proviene del constitucionalismo francés, *la reapropiación de la noción de bloque de constitucionalidad en América Latina* expresa una idea de *tratamiento especial* al derecho internacional de los derechos humanos en el derecho constitucional. Lo anterior es una contribución, no exclusiva mas sí significativa, del constitucionalismo latinoamericano.[2] En el constitucio-

[1] La cuestión agraria se concentró en reducir el poder de los latifundios y en mejorar el nivel económico, intelectual y "moral" de los jornaleros. La cuestión obrera se enfocó a lo que ahora podría hacer la propia Constitución al legislar en materia laboral. Además, se confirmó el carácter laico de la enseñanza impartida en establecimientos oficiales, así como la gratuidad de la enseñanza pública primaria. Véase García Ramírez, Sergio, "Raíz y Horizonte de los Derechos 'Sociales' en la Constitución Mexicana", en *Liber Amicorum Hector Fix-Zamudio*, San José, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. 2, pp. 83-86. Por otra parte, de las ideas y aspiraciones contenidas en los diarios de debate del Poder Constituyente, se infiere que éstos pretendían dar fin a un régimen de explotación, tanto en el campo como en la industria. Con ello, al imprimir los constituyentes mexicanos auténticos derechos sociales dos años antes que los alemanes de Weimar, fueron precursores de un Estado social democrático de derecho. Noriega Cantú, Alfonso, "El nacimiento de los derechos sociales en la Constitución de 1917", en AA.VV., *El Constitucionalismo en las postrimerías del siglo XX. La Constitución mexicana 70 años después*, t. V, México, IIJ-UNAM, 1988, p. 207.

[2] Véase Rodrigo Uprimny, "Reflexiones sobre la noción de bloque de constitucionalidad y sus contribuciones al establecimiento de pautas interpretativas para la justiciabilidad de los derechos sociales. Conferencia impartida en el Seminario Regional "Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", organizado por la Oficina Regional para América Latina y el Caribe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y la CEPAL. Santiago, diciembre de 2007. Véase también, Góngora Mera, Manuel Eduardo, *Inter-American Judicial Constitutionalism. On the Constitutional Rank of Human Rights Treaties in Latin America through National and Inter-American Adjudication*, San José, IIDH, 2011.

nalismo latinoamericano, la manera como se ha ido reapropiando la noción de bloque de constitucionalidad es distinta a como surgió en Francia, porque hace referencia a las normas de derecho internacional de derechos humanos, en especial a los tratados de derechos humanos y a otras pautas normativas del derecho internacional de los derechos humanos.

El derecho constitucional latinoamericano ha sacado el derecho internacional de los derechos humanos y los tratados de derechos humanos del régimen jurídico de los tratados, es decir, del régimen jurídico general, posicionándolos en un régimen jurídico especial y privilegiado, que consiste en considerar que esas normas son directamente aplicables y que suelen tener (hay debate en distintos países) jerarquía constitucional. De esta forma, el constitucionalismo latinoamericano ha ido aplicando un tratamiento especial y privilegiado al derecho internacional de los derechos humanos. Ésta es la noción de bloque de constitucionalidad latinoamericana: la incorporación en las Constituciones de los tratados y la normatividad de derecho internacional de los derechos humanos dándoles un trato especial y privilegiado que permita generar un bloque de constitucionalidad en el que haya una doble fuente para la definición de los derechos protegidos en el ámbito interno: la constitucional directa y la fuente del bloque de constitucionalidad. Entendido en esta forma que el bloque de constitucionalidad ha tenido notable impacto en muchas sentencias sobre derechos sociales a lo largo de la región, particularmente cuando los jueces deben precisar el alcance de las obligaciones inherentes a estos derechos.

El presente texto se concentra en un tercer aporte latinoamericano asociado al activismo judicial dialógico en materia de derechos sociales: la intervención judicial dialógica y estructural. Para ello, inicialmente, analizo algunas consecuencias negativas o imprevistas del litigio en derechos sociales y las críticas contra los efectos inequitativos que han tenido ciertas intervenciones judiciales. Después se analizan ciertas tendencias que responden a estas preocupaciones por la equidad. Resalto en particular las tendencias ancladas en un activismo judicial deliberativo y dialógico, que busca potenciar tanto el alcance estructural del control judicial de las políticas sociales como la deliberación pública y democrática.

II. Las críticas relacionadas con el impacto económico de la protección judicial de los derechos sociales

Algunas decisiones de altas cortes en la región empezaron a alcanzar una notoriedad pública importante, teniendo en cuenta su gran impacto institucional y económico, sus fuertes consecuencias financieras o las críticas por

parte de diversos actores que alegaban problemas de "inseguridad jurídica" que obstaculizarían programas de inversión en algunos países. En ciertas decisiones se utilizaron argumentos basados en la "conexidad" o en la "interdependencia" para eludir regulaciones internas o inaplicar normas que, por ejemplo, en el caso del derecho a la salud, excluían ciertos procedimientos médicos o medicamentos, o para incluir prestaciones no incluidas en planes básicos.[3] Este tipo de decisiones han sido criticadas por inequitativas y, en algunos casos, por falta de razonabilidad, entre otras, por las siguientes razones:[4]

> a) Las acciones judiciales son utilizadas mayoritariamente por quienes están incluidos en la política pública específica en detrimento de quienes aún no han sido incluidos y por lo mismo resultan más vulnerables. En similar sentido, quienes acceden al beneficio son quienes cuentan con capacidad de pago suficiente para impulsar un proceso judicial, lo cual genera privilegios que no necesariamente están basados en criterios de necesidad y justicia. Asimismo, quedan por fuera de ello los sectores en extrema pobreza, cuyo acceso a la justicia es mínimo.[5]
>
> b) Se debate sobre la legitimidad de los jueces para solucionar casos difíciles donde la concesión de la prestación en un determinado caso podría implicar la negación de la misma en otros, por ejemplo, cuando se ordenan tratamientos de alto costo en salud. Las decisiones judiciales se imponen o debilitan la universalidad, dado que no es factible que todas las prestaciones concedidas judicialmente se puedan universalizar para cobijar a cualquier

---

[3] Por ejemplo, la intervención judicial para otorgar prestaciones fuera de los planes obligatorios de salud generó la concesión, por vía judicial, de *i)* atención médica para el restablecimiento de graves problemas de salud mental, *ii)* las intervenciones estéticas que tienden a poner fin a fuertes dolores corporales, *iii)* el suministro de prótesis mamarias para el restablecimiento de la integridad física, moral y psíquica, *iv)* el suministro de la hormona del crecimiento, y *v)* las prestaciones destinadas a la atención de graves problemas de la visión, entre otras prestaciones que, al no estar contempladas en los planes obligatorios, su impacto financiero alcanzó a ser de gran magnitud. Yamin, Alicia Ely, *et al.,* "Colombia: Judicial protection of the right to health: An elusive promise?" en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, Cambridge, Harvard University Press, 2011.

[4] Uprimny, Rodrigo y Durán, Juanita, *Equidad y protección judicial del derecho a la salud en Colombia*, Santiago de Chile, CEPAL, 2014, y Yamin, Alicia Ely, *et al., op. cit.*

[5] Portugal Gouvêa, Carlos, "Derechos sociales en contra de los pobres" en Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, El Constitucionalismo en Transición (Libraria, 2011) y Motta Ferraz, Octavio Luiz, *Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil*, 89 Texas Law Review, vol. 89, 2011, pp. 1643-1668.

otra persona que lo requiera. Se termina entonces concediendo el privilegio a quienes interpusieron el recurso judicial.[6]

c) En similar sentido se señala que la concesión de prestaciones no previstas por los planes obligatorios desequilibra el sistema diseñado previamente y lo puede llevar a la quiebra. Al respecto, se alude a la tensión entre lo que se puede derivar de la protección normativa de derechos sociales y lo que el Estado realmente puede hacer dada su restricción presupuestaria.

d) Esta inequidad se haría más grave porque se explica en la intromisión de los jueces en esferas propias del Congreso y del Ejecutivo, donde los actores tienen mayor responsabilidad política y rendición de cuentas.

e) Los jueces no tendrían una visión de conjunto, en gran medida por carecer de herramientas y elementos de juicio técnico y macro, por lo cual terminan repartiendo los recursos de manera arbitraria.

f) Ante la escasez de recursos para garantizar todos los derechos sociales de todos, las decisiones —en ocasiones trágicas— sobre la limitación en la garantía de ciertos derechos, deben adoptarse en el proceso democrático por parte de autoridades electas para tomar dichas decisiones, razón por la cual la intervención judicial termina eludiendo este necesario debate democrático.

Estas críticas respecto a la presunta inconveniencia o ilegitimidad de la intervención judicial para proteger derechos sociales han generado diversos tipos de reacciones, particularmente respecto a aquellas críticas que se concentran en el tipo de orden que emiten los jueces. Son estas órdenes o remedios los que tienden a generar los impactos financieros y los desajustes institucionales.

A continuación, se analiza una temática en la que es posible ver una tendencia de algunas cortes latinoamericanas dirigida a tomar en serio la pertinencia de un análisis estructural del impacto económico de ciertas decisiones y la necesidad de buscar una protección judicial lo más equitativa e igualitaria posible. Se trata de la utilización de "macrosentencias" con remedios múltiples y abiertos como respuesta a las insuficiencias procesales del análisis caso a caso de situaciones estructurales asociadas a la violación sistemática de derechos sociales.

6 *Idem.*

III. Respuestas a obstáculos procesales que dificultan una visión estructural sobre violaciones sistemáticas a derechos sociales. El activismo judicial dialógico y la intervención judicial estructural[7]

Algunas decisiones muestran la relevancia de modificar algunos límites procesales que impiden una visión más global de los casos sobre derechos sociales. Por ejemplo, los efectos *inter partes* o exclusivos para el caso concreto individual, que obstaculizan una intervención judicial sobre los problemas estructurales que motivan el recurrente uso del poder judicial en una determinada materia. Además, algunas cortes han tenido que enfrentar el incremento del número de recursos judiciales en ciertas temáticas sobre derechos sociales o el no acatamiento de los estándares establecidos en jurisprudencia previa. Al enfrentar estas situaciones, existe una tendencia a desarrollar formas de "activismo dialógico", en las cuales la intervención judicial impulsa la revisión general de una política pública que tiene repercusión en la violación masiva de derechos. Algunas cortes han utilizado figuras como el "Estado de Cosas Inconstitucional" mientras que otras han emitido órdenes generales dirigidas a que las autoridades competentes revisen los principales problemas de una política pública específica.

En el derecho comparado es posible encontrar antecedentes de este tipo de intervenciones, particularmente en el caso del "litigio de interés público" en Estados Unidos.[8] Allí, el llamado *judicial policy making* desempeñó una función fundamental en la reforma de políticas públicas, particularmente relacionadas con prisiones, escuelas, instituciones de salud mental, abuso policial y derecho a la vivienda. Así, por ejemplo, durante los años ochenta, tras décadas de autorrestricción en la materia, los sistemas de prisiones de ocho estados habían sido declarados inconstitucionales por medio de decisiones judiciales catalogadas como *structural injunctions* o "remedios estructurales" expansivos dirigidos al monitoreo de una política general.[9]

---

[7] Para un mayor desarrollo véase Gargarella, Roberto, "Dialogic Justice in The Enforcement of Social Rights: Some Initial Arguments" en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri, *Litigating Health Rights*..., *cit.*

[8] La literatura al respecto es enorme. Resalto en particular Schlanger, Margo, "Beyond the Hero Judge: Institutional Reform Litigation as Litigation", *Michigan Law Review*, vol. 97, p. 1994, mayo 1999 y Feeley, Malcolm M, y Rubin, Edward L., "Judicial Policy Making and the Modern State: How the Courts Reformed America´s Prisons", New York, Cambridge University Press, 1998.

[9] Una reseña del litigio de interés público en Estados Unidos en relación con las prisiones, puede verse en Uprimny Yepes, Rodrigo *et al.,* "Intervención judicial en cárceles", *Foro*

Estos "remedios estructurales" se caracterizan porque, al contrario del litigio tradicional, no buscan determinar la vulneración de un derecho individual en el pasado con el fin de ordenar su reparación, sino que, a partir de la evaluación de las consecuencias que puede tener una decisión judicial, las órdenes buscan ajustar el comportamiento futuro de las partes y, en particular, de los responsables y actores relevantes de una política pública. En otras palabras, no se busca solucionar el caso concreto sino la situación general que cobija a dicho caso y muchos otros. Este litigio de interés público se relacionaría con casos que involucran múltiples causas, sujetos y autoridades gubernamentales, de control y legislativas. En consecuencia, las decisiones no establecían un responsable único, sino que fijaban criterios generales dirigidos a los actores relevantes para la aplicación de la política. Además, la decisión no finalizaba el caso, toda vez que los demandantes podían solicitar la supervisión judicial continuada del cumplimiento de las decisiones. Lo anterior resulta en una "experimentación institucional" que, en principio, está dirigida al fortalecimiento de la democracia y la legitimación del poder judicial.[10]

A continuación, se analizan algunos ejemplos de macrosentencias emitidas por la Corte Constitucional de Colombia en materia de derechos sociales, relacionadas con el desplazamiento forzado por la violencia y la crisis en el acceso a la salud. Asimismo, se analiza la función dialógica impulsada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en el caso Riachuelo y algunas órdenes dialógicas emitidas por la Sala Cuarta de Costa Rica y la Corte de Constitucionalidad de Guatemala.

Constiutucional Iberoamericano, 2005-2006, núm. 12, Véase también Bergallo, Paola, "Courts and Social Change: Lessons from the Struggle to Universalize Access to HIV/AIDS Treatment in Argentina", *Texas Law Review*, vol. 89, 2011, pp.1611-1641 y Rodríguez-Garavito, César, "Beyond the Courtroom: The Impact of Judicial Activism on Socioeconomic Righs in Latin America", *Texas Law Review*, vol. 89, issue 7, 2011, pp. 1669-1698.

10 En similar sentido, Sabel y Simon (2004) han defendido un "nuevo paradigma remedial" asociado al modelo de "litigio experimental". Sabel y Simon, retomando el trabajo de Mangabeira Unger, caracterizan al "litigio de interés público" como "desestabilizador", teniendo en cuenta la forma en que las órdenes buscan romper barreras, aparatos burocráticos y trincheras institucionales para revaluar organizaciones y procedimientos irregulares y cerrados. Además, consideran que las complejidades que enfrenta este tipo de remedios exigen una intervención "experimental", según la cual el punto de partida es la inexistencia de una institucionalidad determinada que permita alcanzar los objetivos de transformación estructural. Por ello, el proceso de implementación exige combinar normas flexibles con la progresiva participación de los *stakeholders*; el diálogo entre los actores y del juez con los mismos, en orden por evaluar y aprender en torno a escenarios institucionales desconocidos e inciertos.

IV. La sentencia T-025 de 2004 y los derechos sociales de las personas en situación de desplazamiento forzado

Colombia ha padecido un conflicto armado durante más de cincuenta años. Uno de los efectos más horribles que esto ha provocado es el número de personas desplazadas por la violencia como consecuencia de agresiones, amenazas y presiones por parte de grupos armados ilegales e incluso por parte del Estado. Durante varios años la Corte Constitucional tuvo que revisar miles de acciones de tutela sobre personas en situación de desplazamiento forzado e incluso en 2000 ya había declarado un estado de cosas inconstitucional en la materia. Sin embargo, en 2004, al emitir esta Sentencia T-025, la Corte tuvo en cuenta *i)* la precariedad de la capacidad institucional para poner en marcha la política pública, y *ii)* la insuficiente apropiación de fondos. En este marco, a pesar de que se revisaba una cantidad importante de tutelas de personas desplazadas, muchas de ellas relacionadas con derechos sociales, la Corte consideró que la intervención puntual caso a caso era insuficiente para enfrentar la magnitud del problema. La Corte entonces señaló que:

> 6.3.1.1. En cuanto al diseño y el desarrollo reglamentario de la política, se evidencian los siguientes problemas…
>
> *(ii)* No se han fijado metas específicas o indicadores que permitan detectar si los fines de las políticas se han cumplido. No existen prioridades e indicadores claros.
>
> *(iii)* La asignación de funciones y responsabilidades a las distintas entidades es difusa. …Estas carencias obstaculizan la coordinación de acciones entre las diferentes entidades, impiden el seguimiento adecuado de la gestión, dificultan la priorización de las necesidades más urgentes de la población desplazada y estimulan la ausencia de acción de las entidades integrantes del SNAIPD y de los entes territoriales.
>
> *(iv)* Se ha registrado la ausencia o grave insuficiencia de algunos elementos de la política considerados fundamentales por los que aportaron informes a este proceso. En este sentido, *(a)* no se establecen plazos para el cumplimiento de los objetivos propuestos, *(b)* no se señala el nivel necesario de apropiaciones para el cumplimiento de los fines propuestos, *(c)* no se prevé concretamente el equipo humano necesario para la implementación de las políticas, y *(d)*, tampoco se disponen los recursos administrativos idóneos para la ejecución de las políticas.
>
> *(v)* Varias de las políticas de atención a la población desplazada no han contado con un desarrollo suficiente. En particular, esto sucede en los siguientes aspectos, según los informes presentados: *(a)* No ha sido regulada la participación de la población desplazada en el diseño y la ejecución de las polí-

ticas. No se han diseñado mecanismos eficientes dirigidos a la intervención real de la población desplazada. *(b)* La población desplazada no cuenta con información oportuna y completa acerca de sus derechos, la oferta institucional, los procedimientos y requisitos para acceder a ella, y las instituciones responsables de su prestación. *(c)* Existe un manejo desagregado y desordenado de la consecución y manejo de los recursos provenientes de la comunidad internacional. *(d)* Tampoco se observa un desarrollo integral y concreto de las políticas encaminadas a que la sociedad civil no desplazada adquiera conciencia de la magnitud del fenómeno, y a que el sector empresarial se involucre en programas dirigidos a su solución. *(e)* No ha habido un desarrollo integral de programas o proyectos encaminados a la preparación de funcionarios. Sobre todo, a nivel territorial, los funcionarios públicos no se encuentran adecuadamente informados acerca de sus funciones y responsabilidades, de las características del fenómeno del desplazamiento, ni de los requerimientos de la población desplazada. Tampoco son entrenados para tratar con personas en condición de desplazamiento. *(f)* No han sido reglamentadas las políticas que faciliten el acceso a la oferta institucional a los grupos desplazados en situación de mayor debilidad, tales como las mujeres cabeza de familia, los niños, o los grupos étnicos. No existen programas especiales que respondan a las especificidades de los problemas que aquejan a dichos grupos.

6.3.1.2. …*(i)* En cuanto al grado de la implementación de las políticas de atención a la población desplazada se observa una insuficiencia de acciones concretas por parte de las entidades a las cuales se han asignado funciones. Varias de las entidades que componen el SNAIPD, no han creado programas especiales para la población desplazada, a pesar de que éstos fueron definidos como necesarios. Por su parte, algunas de las entidades territoriales, se abstienen de asignar los recursos financieros o humanos necesarios para cumplir con sus obligaciones, y no han conformado los comités territoriales. Lo anterior se evidencia en casi todos los componentes de la atención: *(a)* Los mecanismos de prevención, *i.e.* el sistema de Alertas Tempranas y el Decreto 2007 en relación con la congelación de los procesos de enajenación de predios rurales en áreas de riesgo de desplazamiento, no se han aplicado de manera integral, y no han logrado prevenir el fenómeno. *(b)* Los sistemas de información no incluyen la totalidad de ayudas recibidas por la población registrada, ni los bienes inmuebles abandonados en razón al desplazamiento. *(c)* La atención humanitaria de emergencia se presta en forma demorada y en grados de cobertura muy bajos. *(d)* En cuanto a la educación de la población escolar desplazada, a la escasez de cupos en algunos lugares se suma la falta de programas que faciliten apoyo en cuanto a libros, materiales y elementos mínimos exigidos por los distintos planteles, los cual estimula la deserción escolar. *(e)* Los programas de estabilización socioeconómica y adjudicación de tierras y vivienda se faci-

litan a un número mínimo de desplazados. En los pocos casos en los cuales se otorgan facilidades de crédito, las entidades responsables se abstienen de prestar la asesoría y acompañamiento necesarios. *(f)* En cuanto al componente de retorno, no se han aplicado los programas de reactivación económica, ni proporcionado los elementos que permitan que las comunidades que intentan volver a sus lugares de origen puedan sobrevivir de manera autónoma. Tampoco se han implementado los mecanismos que protegen la propiedad o la posesión de las tierras de las personas desplazadas.

(ii) En cuanto a la adecuación y efectiva conducencia de los distintos componentes de la política, la Sala observa que, en ciertos casos, los medios utilizados para alcanzar los fines de las políticas no son idóneos según los informes presentados: *(a)* En la estabilización socioeconómica de los desplazados, los requisitos y las condiciones para acceder a capital no son consistentes con la realidad económica de las personas en condición de desplazamiento. Por ejemplo, para acceder a algunos de los programas ofrecidos, la población desplazada debía probar ser propietaria de vivienda o tierra en la cual desarrollaría el proyecto. De la misma manera, los criterios técnicos de evaluación de los proyectos productivos presentados como candidatos para ser financiados no se ajustan a las condiciones y habilidades de los desplazados. Adicionalmente, el establecimiento de montos máximos para la financiación de alternativas productivas excluye la posibilidad de tener en cuenta las particularidades sociodemográficas y económicas de cada proyecto. *(b)* En materia de atención en salud, el trámite para que las personas desplazadas accedan al servicio, por un lado, y para que las entidades prestadoras del servicio puedan cobrar por éstos al FOSYGA, por el otro, han obstruido el acceso de la población desplazada a la salud. *(c)* Los requisitos y condiciones para acceder a los créditos de vivienda no se ajustan a las carencias económicas de los hogares desplazados. La exigencia de tiempos de ahorro, referencias personales y comerciales, así como otros requisitos, son en muchos casos, imposibles de cumplir para la población desplazada. Tales exigencias resultan discriminatorias y constituyen barreras de entrada para el acceso a este tipo de ayudas. *(d)* En cuanto a la educación, la exigencia a los hogares desplazados de pagar un valor mínimo costeable para que las personas desplazadas en edad escolar puedan acceder a cupos educativos ha sido una barrera, frecuentemente infranqueable, para la inscripción de los menores.

(iii) En cuanto al cumplimiento y la continuidad de la política, dado que no existen mecanismos de seguimiento de la gestión de las distintas entidades que hacen parte del SNAIPD, ni plazos de evaluación del cumplimiento de los objetivos fijados para cada componente de la atención a la población desplazada, no es posible evaluar la puntualidad de las entidades responsables en la ejecución de los programas. No obstante, se observan algunas carencias en la implementación de las políticas, en lo concerniente al tiempo de su ejecución. Por ejemplo, los desembolsos de dinero necesarios para iniciar los proyectos

productivos son demorados y no son realizados en concordancia con los ciclos productivos de los negocios que lograron acceder a la ayuda crediticia. Además, las ayudas y la prestación de servicios en las distintas etapas del proceso de atención a la población desplazada se hacen de manera discontinua y demorada. Subraya la Corte que, según los informes, no existe una concatenación adecuada entre algunas etapas y componentes de la atención. Este problema está presente en casi todos los componentes de la política. Así, la prestación de la atención humanitaria de emergencia puede tardar hasta seis meses, mientras que los períodos de espera para acceder a programas de estabilización socioeconómica y a soluciones de vivienda son aún más prolongados (dos años). En este sentido, el período de transición entre la prestación de atención humanitaria de emergencia, y la ayuda en materia de estabilización socioeconómica es excesivamente demorado, lo cual lleva a que la población desplazada deba sobrellevar unas condiciones de vida muy precarias.

6.3.1.4. …la respuesta del Estado sufre de graves deficiencias en cuanto a su capacidad institucional, que abarcan todos los niveles y componentes de la política, y por lo tanto, que impiden, de manera sistemática, la protección integral de los derechos de la población desplazada. No puede el juez de tutela solucionar cada uno de estos problemas, lo cual corresponde tanto al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales, como al Congreso de la República, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. No obstante, lo anterior no impide que, al constatar la situación de vulneración de los derechos fundamentales en casos concretos, la Corte adopte correctivos encaminados a asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados, como lo hará en esta sentencia, e identifique remedios para superar estas falencias estructurales que comprometen diversas entidades y órganos del Estado.

Se declaró entonces un estado de cosas inconstitucional teniendo en cuenta:

7.3 párrafo *(i)* la vulneración masiva y generalizada de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; *(ii)* la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; *(iii)* la adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la acción de tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; *(iv)* la no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; *(v)* la existencia de un problema social cuya solución compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional importante; *(vi)* si todas las personas afec-

tadas por el mismo problema acudieran a la acción de tutela para obtener la protección de sus derechos, se produciría una mayor congestión judicial.

En consecuencia, si bien se otorgaron algunas prestaciones urgentes, la Corte ordenó al Poder Ejecutivo que determinara con claridad la política pública necesaria para resolver el estado de cosas inconstitucional en relación con los derechos de este grupo poblacional. La Corte exigió la precisión de plazos y estrategias concretas, sin imponer un criterio particular, salvo la precisión de los mínimos de derechos humanos que deben ser respetados. Al respecto, ordenó la Corte:

> *(i)* la elaboración y actualización periódica de un diagnóstico de la situación en que son ejercidos y disfrutados tales derechos por la población;
>
> *(ii)* el diseño de políticas públicas encaminadas a lograr progresivamente la realización plena de tales derechos las cuales han de incluir metas específicas para medir los avances en los plazos fijados;
>
> *(iii)* la divulgación periódica de los resultados alcanzados y de las medidas correctivas o complementarias con el fin de que los interesados y los actores sociales —incluidas las organizaciones no gubernamentales— participen en la evolución de las políticas públicas pertinentes y se identifiquen las fallas, dificultades o circunstancias que inhiben la plena realización de los derechos con miras a su revisión o a la elaboración de nuevas políticas públicas más apropiadas. (Considerando 8.3.2.)

Con posterioridad a la emisión de la sentencia, la Corte Constitucional ha proferido diversos autos por medio de los cuales supervisa el cumplimiento del fallo continuadamente.[11]. Para ello dispuso la realización de audiencias públicas y la presentación de informes técnicos. En una de las audiencias públicas comparecieron ministros y altos funcionarios, organismos de control y sociedad civil. Este ejercicio representó un importante escenario de rendición de cuentas. Las audiencias también se han utilizado para temáticas de especial complejidad, pero con el objetivo de posibilitar el control ciudadano en aspectos que muchas veces quedaban reducidos a un grupo minoritario de expertos técnicos. Me refiero en particular a la adopción de indicadores para verificar el cumplimiento del fallo. En el auto 109 de 2007, la Corte adoptó "indicadores de resultado", "indicadores de goce efectivo de derechos",

---

[11] La Corte cita al respecto el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991, que regula el funcionamiento de la tutela, según el cual "el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza". En desarrollo de esta norma, la Corte Constitucional ha proferido, además de la sentencia T-025 de 2004, numerosos autos de seguimiento.

"indicadores complementarios" e "indicadores asociados˝, algunos de ellos circunscritos específicamente a varios derechos sociales.

El sistema de indicadores le permitiría a la Corte evaluar si el aumento de dinero llega a suplir efectivamente las necesidades de los desplazados. En el caso de la salud, por ejemplo, implica una mayor atención en la calidad de los servicios que en el número de cupos otorgados en el régimen subsidiado. En los autos 185 de 2004, 178 de 2005, 218 y 266 de 2006, la Corte reiteró como una de las causas que impedía avanzar adecuadamente en la superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado interno, la falta de indicadores de resultado que tuvieran en cuenta el goce efectivo de los derechos de la población desplazada y que permitieran determinar la dimensión de la demanda específica atendida, así como el avance, retroceso o estancamiento de cada programa y componente de atención, y solicitó al gobierno la adopción de tales indicadores de resultado.

Por ello, se pidió al gobierno la presentación de indicadores, los cuales pudieron ser criticados y completados por aquellos que presentaban organizaciones intergubernamentales y de la sociedad civil. La utilización de indicadores para impulsar una mejor implementación del fallo judicial constituyó una experiencia única en la región y permitió alcanzar consensos, a partir de criterios técnicos, entre distintos actores y disciplinas. De esta manera, los indicadores, como herramienta técnica, han sido insumos para la construcción de una voluntad política que no existía con claridad antes del fallo.[12]

En similar sentido, al analizar la repercusión de esta sentencia, autores como César Rodríguez y Diana Rodríguez[13] la asocian con una forma de "activismo dialógico". Dado que la intervención judicial genera espacios democráticos de deliberación con actores sociales y se elude la emisión de órdenes minuciosas que impiden el debate en el establecimiento de políticas públicas para solucionar problemas sociales. Dichos autores identificaron que la sentencia había tenido efectos instrumentales o materiales directos e indirectos, así como efectos simbólicos directos e indirectos.

En efecto, César Rodríguez y Diana Rodríguez documentaron un *efecto desbloqueador* del bloqueo institucional anterior a la sentencia, reflejado en la falta de acciones estatales para el mejoramiento de la situación de las per-

[12] Uprimny, Rodrigo y Sánchez León, Nelson Camilo, "Juzgar y medir. El uso de indicadores de derechos humanos por la Corte Constitucional colombiana" en Abramovich, Víctor y Pautassi, Laura, *La medición de derechos en las políticas sociales*, Buenos Aires, Del Puerto, 2010.

[13] Rodríguez-Garavito, César y Rodríguez-Franco, Diana, *Cortes y cambio social*, Bogotá, Dejusticia, 2010.

sonas desplazadas en el país. Lo anterior es relevante teniendo en cuenta la gran maraña burocrática e institucional o las falencias de una determinada entidad que le impedía una adecuada capacidad para enfrentar el problema. Al sacudir el aparato estatal, la discusión política sobre el desplazamiento se replanteó en términos más democráticos y se abrió la puerta a nuevos procedimientos antes impensables como la construcción conjunta, entre el Estado y las organizaciones no gubernamentales (ONG), de indicadores de goce de derechos de la población desplazada.

Además, se dinamizó la maquinaria estatal al reactivar el inoperante sistema de coordinación interinstitucional y la expedición de programas de emergencia. En el tema presupuestal se ordenó en el fallo que las entidades estatales debían calcular el monto de inversión en un plazo de un mes. El gobierno solicitó que dicho plazo se extendiera por dos años, pero la misma Corte ordenó mantener el plazo inicial, pues de otra manera se hubiera mantenido la pasividad institucional, aunque posteriormente fijó nuevas metas y nuevos plazos que ampliaron la capacidad de maniobra del gobierno.

Por otra parte, la sentencia tuvo un efecto deliberativo al crear e impulsar procedimientos de participación y discusión entre un amplio espectro de actores sociales vinculados con el seguimiento del fallo.[14] Este *activismo dialógico*, por otro lado, se caracteriza por dictar órdenes más abiertas, en las que no se señalan a profundidad los detalles en la construcción de las políticas públicas. Estos detalles quedan en manos de las autoridades respectivas. Sin embargo, Rodríguez y Rodríguez destacan que la Corte fue estricta en el cumplimiento de los plazos perentorios otorgados, de tal forma que la sentencia ha orientado la acción del gobierno frente al desplazamiento.[15]

[14] En particular, las audiencias públicas se caracterizaron por ser un espacio donde intervinieron organizaciones de desplazados, ONG de derechos humanos, entidades estatales y organizaciones internacionales como la ACNUR.

[15] *Ibidem*, pp. 137-269. Consideran que el efecto desbloqueador es un efecto instrumental directo del fallo, pues las órdenes de la Corte consistían precisamente en destrabar el aparato estatal. El efecto deliberativo, por su parte, es un efecto directo del fallo —por ser consecuencia del proceso de seguimiento— con consecuencias instrumentales y simbólicas. Instrumentales por impulsar mecanismos concretos de políticas públicas; simbólicas por alterar la comprensión del problema del desplazamiento en la sociedad en general. De otro lado, estos autores señalan que en la T-025 la Corte generó que se superara una concepción del problema del desplazamiento forzado como un efecto colateral del conflicto, para ser valorado como una violación masiva de derechos. Dado que el alcance de este efecto va más allá de los actores sociales directamente afectados, al alcanzar a la sociedad en general, se clasifica como un efecto indirecto con consecuencias instrumentales y simbólicas. Su contenido simbólico se encuentra en la redefinición del discurso y de los términos utilizados para solucionar el problema del desplazamiento forzado, de tal forma que la población des-

De otro lado, estos autores resaltan que la T-025 el importante efecto en el diseño, la puesta en marcha y el seguimiento de políticas públicas sobre desplazamiento.[16] Asimismo, ha tenido un efecto coordinador y articulador, particularmente mediante la reactivación del Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada (CNAIPD), el cual pasó a ser la entidad encargada del diseño de las políticas públicas y del seguimiento al avance en el cumplimiento de la T-025. Finalmente, ha tenido un efecto social, al cambiar la situación de los desplazados, aunque los problemas en los sistemas de información sobre el tema dificultan establecer con precisión los alcances de dichos cambios en la situación de este grupo vulnerable.

V. Respuesta judicial estructural a la crisis del sistema de salud: la sentencia T-760 de 2008

Otro ejemplo de intervención judicial estructural, pero en materia de salud, lo constituye la sentencia T-760 de 2008.[17] Un importante antecedente de esta sentencia es que entre 1999 y 2008 se habían interpuesto más de 500,000

plazada logró tener una mayor visibilidad en la discusión pública que, pese a ser aún hoy insuficiente en relación a su magnitud, ha generado una nueva concepción del desplazado. Este efecto simbólico se refleja también en el incremento de noticias sobre desplazamiento y en el cambio de encuadre de las mismas, caracterizado por el discurso de los derechos. Asimismo, su componente instrumental consiste en la creación de un "campo socio-jurídico del desplazamiento", esto es, un espacio de debate e interacción entre múltiples y diversos actores con propuestas dispares sobre el mismo fenómeno.

[16] El primer elemento, el diseño de políticas, se refleja en la adopción, por parte del gobierno, del Plan Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia. Dicho plan fue expedido un año después de la sentencia e incluye un enfoque de derechos, consistente en la garantía del ejercicio y goce de los derechos humanos, y un enfoque diferencial que tiene en cuenta las características particulares de la población desplazada. Frente a la puesta en marcha de las políticas, el fallo ha motivado la creación de numerosos y diversos programas por parte de Acción Social, al igual que programas regionales y municipales de atención que son incluidos dentro de los procesos de seguimiento de la T-025. De igual manera, la puesta en marcha se refleja en el considerable aumento del presupuesto en la materia.

[17] Para un análisis más exhaustivo de esta sentencia, véase Yamin, Alicia Ely y Parra Vera, Oscar, "Judicial Protection of the Right to Health in Colombia: From Social Demands to Individual Claims to Public Debates", *Hastings International & Comparative Law Review*, 33(2), 2010, pp. 431-459 y Yamin, Alicia Ely, *et al.*, "Colombia. Judicial Protection of the Right to Health: An Elusive Promise?" en Yamin, Alicia Ely y Gloppen, Siri (eds.), *Litigating Health Rights*, Cambridge, Harvard Univ. Press (Human Rights Program Series. Harvard Law School), 2011. Véase también Rodríguez-Garavito, César, "La judicialización de la salud: síntomas, diagnóstico y prescripciones", en Bernal, Oscar y Gutiérrez, Catalina (comps.), *La salud en Colombia: logros, retos y recomendaciones*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2012.

acciones de tutela relativas al derecho a la salud.[18] Los defectos del sistema de salud, en particular, la ausencia casi total de supervisión, vigilancia y control público, explican en gran medida el hecho que los recursos judiciales sustituyeran a la regulación administrativa. Tal vez no había ninguna otra institución más consciente que la propia Corte de las distorsiones que podía causar cierto tipo de intervención judicial en la política de salud y de las consecuencias desafortunadas que tenía que ocuparse persona por persona de los problemas denunciados mediante las tutelas. Las órdenes estructurales contenidas en la T-760/08 intentan ser una respuesta al diagnóstico que hacía la Corte de la situación.

La T-760/08 recoge 22 tutelas que se seleccionaron para ilustrar los problemas sistémicos en la supervisión y la regulación del sistema de salud que habían conducido al uso excesivo de la tutela. La sentencia, además de resolver las 22 tutelas, exige una transformación del sistema de salud en su totalidad. En la sentencia, la Corte afirma que ese enfoque estructural es necesario porque:

> los órganos responsables de lo que podría denominarse genéricamente la regulación del sistema de salud no han adoptado decisiones que les garanticen a las personas su derecho a la salud sin tener que acudir a la acción de tutela.

Desde julio de 2006, la Corte había estado reuniendo información de la Superintendencia de Salud, los ministerios de la Protección Social y de Hacienda, la Defensoría del Pueblo y la CNSSS, además de casos ilustrativos, con el fin de fundamentar su enfoque sistémico. La Corte emitió 16 órdenes generales en las que analizó la forma en que las fallas de regulación implicaban una violación de las obligaciones de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud.

Las cuatro principales fallas de regulación se relacionaban con la *i)* precisión, actualización, unificación y acceso a planes de beneficios; *ii)* sostenibilidad financiera y flujo adecuado de recursos; *iii)* determinación de derechos y deberes del paciente, y *iv)* cobertura universal del sistema. Las órdenes emitidas involucraron, entre otros aspectos, *i)* claridad en la definición de los beneficios del POS, *ii)* la realización de auditorías institucionales sobre desempeño con el fin de informar a los usuarios sobre la actuación de las distintas empresas proveedoras de servicios y aseguradoras, así como otras medidas para fortalecer la supervisión sobre dichas empresas; *iii)* facilitar el cumplimiento de las órdenes de tutela, *iv)* un plan de contingen-

[18] Defensoría del Pueblo, *La tutela y el derecho a la salud*, Bogotá, Defensoría del Pueblo, 2009.

cia para garantizar los recobros apropiados y oportunos en casos de costos asociados con cuidados de salud no cubiertos en el POS-C y el POS-S, y *v)* hacer una revisión integral de las tasas de capitación, que no se habían revisado a fondo desde hacía muchos años. La Corte exigió un proceso que incluyera la "participación directa y efectiva de la comunidad médica y de los usuarios del sistema de salud",[19] en particular de aquellos que se vieran más afectados por los posibles cambios en la política.

En la T-760/08, citando la inacción del gobierno para tomar cualquier medida hacia la unificación de los planes desde la adopción de la Ley 100 de 1993, la Corte le ordenó a la CRES unificar los planes de beneficios (POS-C y POS-S), inicialmente para los niños y luego para los adultos, en este último caso de manera progresiva y teniendo en cuenta la sostenibilidad financiera, además del perfil epidemiológico de la población.

Además de basarse en este perfil, el proceso de diseñar un plan de unificación debía ser participativo, transparente, e incluir indicadores y parámetros de comparación relevantes. Asimismo, a partir de las metas establecidas en la propia Ley 100, la sentencia le ordenó al gobierno adoptar medidas deliberadas para conseguir progresivamente la cobertura universal y establecía como fecha límite el año 2010. La sentencia tiene más de 400 páginas e involucra más de 20 órdenes desagregadas. A manera de ilustrar la técnica argumentativa y narrativa desarrollada por la Corte, cabe resaltar los siguientes extractos:

> 2.2. Problemas jurídicos generales. Los problemas jurídicos de carácter general, hacen referencia a cuestiones de orden constitucional que tienen que ver con la regulación del sistema de protección del derecho a la salud, que afectan la posibilidad de que éste sea gozado efectivamente por las personas en situaciones concretas y específicas, tal como se evidencia en los casos acumulados en el presente proceso. Todos los problemas generales se pueden reunir en uno sólo, a saber: ¿Las fallas de regulación constatadas en la presente sentencia a partir de los casos acumulados y de las pruebas practicadas por esta Sala, representan una violación de las obligaciones constitucionales que tienen las autoridades competentes de respetar, proteger y garantizar el derecho a la salud para asegurar su goce efectivo? A esta pregunta se responde afirmativamente y se imparten las órdenes necesarias para que se superen las fallas de regulación detectadas. Las órdenes que se impartirán se enmarcan dentro del sistema concebido por la Constitución y desarrollado por la Ley 100 de 1993 y normas posteriores, puesto que excedería la competencia de la Corte ordenar el diseño de un sistema distinto, puesto que dicha deci-

[19] Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-760 de 2008.

sión compete al legislador. Las órdenes se impartirán a los órganos legalmente competentes para adoptar las determinaciones que podrían superar las fallas de la regulación que se han traducido en una desprotección del derecho a la salud evidente en las acciones de tutela que se han presentado cada vez con mayor frecuencia desde hace varios años, como se analizará posteriormente (ver capítulo 6).

6.1.1. Medidas para eliminar la incertidumbre acerca del contenido de los planes de beneficios y actualización periódica de los mismos… 6.1.1.1.3. Además de la importancia de la definición clara de los contenidos de los planes de beneficios para efectos de la protección del derecho a la salud de los usuarios, este aspecto es esencial para aclarar el ámbito de financiación de la UPC y los casos en los cuales procede el recobro ante el FOSYGA, ya que estos recursos sólo están previstos para los casos en los cuales el servicio no se encuentra en el POS y la persona carece de recursos propios para sufragarlo.

6.1.1.2.2. Así mismo, la decisión de suprimir servicios que antes estaban incluidos en los POS, puede fundamentarse en razones técnicas acerca de la pertinencia de su provisión, como también, en fundamentos relativos a la priorización de los recursos de la salud y a la evaluación del impacto social de la provisión de distintos servicios. Siempre que los fundamentos por los cuales se supriman servicios estén encaminados a la protección efectiva del derecho a la salud según las necesidades de la población, la Sala considera que, *prima facie*, la mencionada eliminación no es regresiva. Lo mismo se aplica en el evento de que el plan de beneficios sea concebido desde una perspectiva distinta a la actual, *v.gr.*, por patologías u otro criterio de inclusión de servicios de salud. Cabe reiterar que el derecho a la salud no es absoluto, sino limitable. Sin embargo, las limitaciones al derecho deben ser razonables y proporcionales. O sea, que si bien el plan de beneficios no tiene que contener una canasta de servicios infinita, la delimitación de los servicios de salud incluidos debe respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad en un contexto de asignación de recursos a las prioridades de la salud. Por ello, es indispensable justificar cuidadosamente cada supresión de servicios como una medida que permite atender mejor nuevas prioridades de salud, no como una reducción del alcance del derecho.

6.1.2.2. Órdenes específicas a impartir… Por las anteriores razones, en la parte resolutiva de esta providencia se ordenará la adopción de medidas para que se unifiquen los planes de beneficios, en relación con los niños y las niñas en el corto plazo, y para los adultos, en el momento en que las autoridades

competentes lo consideren viable pero con sujeción a un programa y un cronograma que deberán ser adoptados en la fecha señalada en la parte resolutiva de esta providencia.

6.1.2.2.2. …la decisión tomada en la ley y cuyo cumplimiento se ordena en la presente sentencia, de unificar los planes de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado, puede generar incentivos nocivos en la acción colectiva de los afiliados. En efecto, el que los planes de beneficios de los dos regímenes tiendan a ser iguales puede desincentivar a algunos particulares a pertenecer al sistema contributivo, teniendo en cuenta que en el subsidiado "pagan menos". Para enfrentar dicho problema, de tal manera que el régimen subsidiado sólo sea para aquellos que no cuentan con los recursos para participar en el contributivo, son necesarias soluciones públicas que habrán de ser diseñadas, aplicadas y evaluadas por las entidades competentes. Dentro de estas soluciones se pueden incluir, entre otras, sanciones para aquellos que por medio de engaños muestren ingresos inferiores a los que detentan en la realidad, regulaciones dirigidas a la adopción de alicientes que incentiven el pago de cotizaciones por quienes tienen capacidad económica y la correspondiente divulgación de dichas políticas. En todo caso, estas medidas deben prever la posibilidad de moverse de un régimen a otro durante los ciclos laborales y no podrán impedir que las personas que estén en el régimen contributivo puedan pasar al subsidiado en los casos en los que económicamente lo requieran.

6.1.4. Medidas para evitar que se rechace o se demore la prestación de los servicios médicos que sí se encuentran incluidos en el POS… 6.1.4.1.2. En conclusión, el Estado deja de proteger el derecho a la salud cuando permite que la mayoría de violaciones sean claros irrespetos a dicho derecho, en los que se obstaculiza a las personas el acceso a servicios contemplados en los planes obligatorios de salud, ya financiados. Mantener los incentivos y desincentivos que no promueven el goce efectivo del derecho, así como no ejercer adecuadamente las facultades de vigilancia y control, han permitido que se mantenga esta situación constante de vulneración reiterada y en modo alguno justificable, del derecho a la salud de las personas, por parte de muchas de las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios.

6.2.3. Orden de corregir las trabas en el sistema de recobros... El escenario descrito muestra la necesidad de tomar medidas para mejorar el sistema de recobros actual con la finalidad de garantizar el flujo oportuno de recursos en el sistema. Sin embargo, no compete al juez constitucional establecer cuál es

la forma en que se deben superar los defectos que le impiden a la administración pública contar con la capacidad institucional que le permita adoptar las medidas adecuadas y necesarias para garantizar efectivamente a la población el mayor nivel de salud posible, habida cuenta de los recursos disponibles. No obstante, sí es función del juez constitucional impartir las órdenes necesarias para que los órganos competentes para adoptar estos correctivos, si no lo han hecho o no lo están haciendo, de acuerdo al mandato constitucional, los tomen lo más pronto posible.

6.4. Órdenes sobre cobertura universal… 6.4.2. Orden específica a impartir.

Por esta razón, en la parte resolutiva de esta sentencia se ordenará al Ministerio de Protección Social que adopte las medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud antes de la fecha fijada por el legislador y señalada en la parte resolutiva de esta providencia y que informe cada seis meses a la Corte Constitucional y a la Defensoría del Pueblo sobre los avances parciales que se obtengan en el proceso de cumplimiento de esa meta. En caso de que alcanzar esta meta sea imposible, deberá explicarse las razones del incumplimiento y fijarse una nueva meta, debidamente justificada.

9. La reducción de la presentación de acciones de tutela para acceder a los servicios de salud como indicador del cumplimiento de esta sentencia…

Así, la reducción del número de acciones de tutela invocadas para que sean los jueces los que resuelvan los problemas jurídicos recurrentes de acceso a los servicios de salud analizados en esta sentencia, es uno de los resultados que pueden indicar el cumplimiento de las órdenes de esta sentencia atinentes a las fallas en la regulación. Por esta razón, sin perjuicio de la autonomía de las autoridades del sector para diseñar y aplicar los indicadores que a su juicio sean más adecuados, la Corte ordenará al Ministerio de Protección Social que informe a esta Sala, así como a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo, sobre el número de acciones de tutela interpuestas con el fin de proteger el derecho a la salud, específicamente acerca en lo concerniente a los problemas jurídicos descritos en la presente providencia. Con el tiempo, si las medidas que adopten los órganos de regulación son idóneas, las personas no se verán obligadas a acudir a la acción de tutela y la proporción de ésta se reducirá.

Cabe resaltar que la sentencia hizo uso extensivo del derecho internacional de los derechos humanos —particularmente la Observación General

14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales—.[20] Asimismo, en la sentencia T-760/08, la Corte especificó que el derecho fundamental a la salud contiene "un núcleo esencial que debe ser garantizado a todas las personas" y que el ámbito de dicho derecho puede ser objeto de limitaciones que, para ser admisibles, deben estar justificadas a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad". En un auto de supervisión de la sentencia, la Corte complementó esta idea al señalar que:

> El derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo… Pero ello no significa que el derecho a la salud sea ilimitado en el tipo de prestaciones que cobija. El plan de beneficios no tiene que ser infinito toda vez que puede circunscribirse a las necesidades y prioridades que determinen los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos disponibles.[21]

La Corte no pretende ser el órgano que mejor conoce lo que se debería incluir en el POS ni tampoco desea establecer los fundamentos éticos para efectuar esas elecciones. En lugar de eso, instó a la CRES a que cumpliera con estas funciones legales conforme a la Ley 1.122 de 2007. Esta lógica de la Corte resulta compatible con las propuestas del eticista Norman Daniels respecto a "rendición de cuentas sobre la razonabilidad".[22] Daniels argumenta que no necesitamos tener principios totalmente definidos que nos digan cómo solucionar equitativamente las necesidades de salud —criterios para determinar qué prioridad darles a los que están en peor situación u otros similares— cuando no es posible satisfacer todas esas necesidades.[23]

Por ello, considera que lo que se necesita es tener un proceso justo, a saber: *i)* transparente, en el sentido de que los fundamentos de las decisiones sean públicos; *ii)* basado en razones relevantes (por ejemplo, el cuidado apropiado del paciente), en vez de criterios raciales o estereotipos sobre género; *iii)* revisable mediante alguna clase de procedimiento de apelación, ya que siempre habrá nuevos elementos que haya que considerar además de casos atípicos, y *iv)* exigible.[24] La T-760/08 exige este tipo de procesos

---

[20] ONU, observación general 14, El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 22 periodo de sesiones, 2000, Doc. E/C.12/2000/4, 2000.

[21] Corte Constitucional de Colombia, auto 110 de 2011. Sala de Seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008.

[22] Daniels, Norman, "Accountability for Reasonableness" en *BMJ* 321, 2000, pp. 1300 y 1301 y Daniels, Norman, *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*, Nueva York, *Cambridge University Press,* 2008.

[23] Daniels, Norman, *Just Health…, cit.*

[24] *Idem.*

deliberativos y transparentes que permitan actualizar y unificar los planes de beneficios.

En cuatro años la Sala de Seguimiento ha emitido más de 30 autos genéricos y decenas de autos relacionados con las 16 órdenes principales emitidas por la Sentencia; la cual ha tenido enorme repercusión en relación con el flujo de recursos en el sistema de salud. En un primer momento, para cumplir con la sentencia, el gobierno impulsó un estado de excepción relacionado con la emergencia económica y social. Ello fue rechazado por la Corte, que resaltó que no era necesario utilizar un estado de excepción para tal efecto. Después el gobierno adoptó diversas medidas respecto a la corrupción en el manejo de recursos y respecto al control de precios de medicamentos.

En el auto 78 de 2012, la Corte retomó los autos emitidos entre 2008 y 2012 como antecedentes para convocar a una audiencia de rendición de cuentas en relación con los temas de flujo de recursos. Además, hizo un balance y señaló las dificultades que impiden avanzar en el cumplimiento de las órdenes generales sobre flujo de recursos, entre ellos, la insuficiencia en las fuentes de financiación del sistema y la incertidumbre acerca de la eficacia de las medidas adoptadas por los órganos de regulación. Por otra parte, evidenció la *suficiencia de recursos* asignados al sector salud, pero denunció que éstos eran dilapidados. En efecto, para la Corte, lo que causa el desequilibrio financiero del sistema es la "indebida destinación de recursos, malversación de fondos y falta de mayor diligencia de algunos órganos de inspección, vigilancia y control". El Tribunal reiteró consideraciones ya desarrolladas al declarar inexequible la emergencia social, y resaltó la existencia de sobrecostos debida a la intermediación de los medicamentos, aspecto que hace que los medicamentos en Colombia tengan un precio excesivamente mayor al de otros países.[25]

Como un importante efecto instrumental de la sentencia cabe resaltar que en estos años se produjo un fuerte empoderamiento de algunas instancias de control[26] con fundamento en los derroteros señalados por la Corte. Se trata de un efecto directo asociado a los cambios en las conductas de los órganos destinatarios de la decisión y es también un indicador de proceso sobre los avances en los esfuerzos institucionales para poner en marcha la Sentencia. La sentencia T-760 generó espacios de rendición de cuentas que han sido aprovechados por varios organismos de control para impulsar sus

[25] Corte Constitucional de Colombia, Sala de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008, Auto núm. 263 del 16 de noviembre de 2012, considerando 4.2.10.

[26] Particularmente la Contraloría General de la República y las Superintendencias de Salud y de Industria y Comercio, así como procesos disciplinarios impulsados por la Procuraduría General de la Nación.

tareas de inspección y vigilancia. Además, la Corte, por medio de la sentencia y sus autos de supervisión, ha señalado una hoja de ruta sobre los principales asuntos en los que deberían focalizarse las tareas de supervisión.

Respecto a las repercusiones en relación con la precisión, actualización, unificación y acceso a los planes de beneficios, al emitirse la sentencia, varios economistas argumentaron que la universalización y la unificación que ordenó la sentencia T-760/08 era insostenible teniendo en cuenta la crisis en la financiación del sistema derivada del hecho que el número de ciudadanos en el régimen contributivo era muy inferior al del régimen subsidiado. A pesar de estas objeciones en algunos sectores, durante cuatro años el gobierno adoptó medidas sobre unificación y actualización del POS y estas medidas han sido analizadas en más de 15 autos específicos emitidos por la Corte.

Por ejemplo, en el auto 105 del 8 de junio de 2010 la Corte formuló diversas preguntas a la CRES relacionadas con los acuerdos que hasta ese momento había emitido dicho órgano con el objetivo de actualizar el POS. Entre otros aspectos, el Tribunal indagó sobre los antecedentes y criterios para la emisión de dichos acuerdos, los servicios que no se encuentran comprendidos en los planes de beneficios, pero que van a ser incluidos gradualmente, las metas para la ampliación y las fechas en las que serán cumplidas. Asimismo, se indagó por los servicios excluidos de los planes de beneficios, los criterios de actualización periódica, las medidas para superar las llamadas "zonas grises" y los mecanismos de participación e influencia real de la comunidad médica y de los usuarios.

La Corte convocó a una audiencia pública en la que intervinieron ministerios, órganos de control y representantes de la sociedad civil. Posteriormente, la Sala de Seguimiento emitió el auto 226 de 2011, en el cual se fijaron parámetros y niveles de cumplimiento que el gobierno y la CRES debían seguir cuando lleven a cabo las actualizaciones integrales del Plan de Beneficios, las cuales ocurrieron en 2011 y 2012. La Corte emitió un pronunciamiento crítico de los procesos de actualización y unificación en el auto 261 del 16 de noviembre de 2012, en el cual determinó, entre otros elementos, que no se habían evidenciado medidas tendientes a racionalizar el acceso a los servicios de salud por parte de los usuarios, no se había gestionado incentivo alguno para procurar la cotización de quienes tienen capacidad económica, y que en los procesos de unificación de los planes no se había acreditado la participación activa de los usuarios y la comunidad médica.[27]

[27] Corte Constitucional de Colombia, auto 261, Sala de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008, 16 de noviembre de 2012.

Finalmente, cabe resaltar que la sentencia ha tenido un importante impacto en reformas al sistema de salud y proyectos de ley estatutaria. El gobierno de Santos ha impulsado diversas reformas al sistema de salud y algunas de las propuestas han estado influidas por lo señalado en la sentencia T-760, especialmente respecto a la concepción del derecho a la salud como derecho fundamental y los alcances que podría tener su posible limitación.

Sin embargo, se puede acusar a la Corte de haber puesto demasiada fe en la existencia de un proceso deliberativo y también de ignorar las relaciones de poder asimétricas entre los diferentes grupos afectados de la población. Sin embargo, la justicia dialógica puede tener serias limitaciones si el contexto respectivo impide una discusión transparente e integral de las variables relevantes. Al respecto, muchas de las respuestas del gobierno a la sentencia T-760/08, particularmente durante el gobierno del presidente Uribe, mostraban simultáneamente un cumplimiento nominal con la sentencia de la Corte y una estrategia para eludir su cumplimiento efectivo. Algunos temas centrales no han ameritado mayor discusión. En efecto, a pesar del repetido argumento de la escasez de recursos, el gobierno no ha promovido un debate público transparente en los órganos legislativos o en otros foros sobre los alcances de un POS unificado y sobre cómo la expansión de beneficios y cobertura puede ser una amenaza para la sostenibilidad financiera de todo el sistema.

El contexto colombiano, además de presentar desigualdades sociales extremas, se caracteriza por la presencia de ciertos grupos de interés —como el de las aseguradoras— que están bien organizados y ejercen una gran influencia económica, mientras que los pacientes más pobres tienen pocos o inexistentes medios económicos y sus procesos de organización son limitados y atraviesan diversas dificultades. Por consiguiente, es muy posible que algunas “reglas del juego” para una deliberación democrática sobre los parámetros del derecho a la salud refuercen los profundos desequilibrios de poder.

Durante la mayor parte de la puesta en marcha de la sentencia, eso es lo que parece haber ocurrido, puesto que ni la CRES ni la Superintendencia de Salud habían sido capaces de supervisar a las EPS, las grandes farmacéuticas enriquecidas con los precios de medicamentos u otros poderosos grupos de interés, como algunos congresistas con intereses en el sector. Por lo pronto, cabe resaltar que durante el control sobre la emergencia social y la supervisión de cumplimiento de la sentencia T-760, la Corte ha iniciado un control sobre la forma en que algunas EPS se han enriquecido y utilizado grandes cantidades de dinero de la salud en gastos excesivos de administración, intermediación y transacciones comerciales. Este aspecto es

fundamental para repensar no sólo el modelo establecido en la Ley 100 sino también qué valor le otorga la sociedad colombiana al derecho a la salud.

Colombia ofrece complejos retos para el activismo judicial "dialógico", puesto que las profundas desigualdades sociales y de poder, la violencia y sus consecuencias directas para la movilización social, y la precariedad del Estado de derecho hacen que el verdadero diálogo democrático sea extremadamente difícil. Las propias razones sociopolíticas que llevaron a una mayor judicialización de los derechos sociales limitan también las posibilidades de conseguir en Colombia un cambio social transformador en el campo de la salud mediante la intervención judicial.[28]

VI. El caso Mendoza y el impulso de procedimientos para la defensa del medio ambiente

Diecisiete residentes en la Cuenca Matanza-Riachuelo[29] interpusieron una demanda ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra el Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y 44 empresas para obtener indemnización por daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la contaminación de la Cuenca, cese de la contaminación y recomposición del medio ambiente. En 2006, la Corte Suprema se pronunció en forma preliminar frente al caso y ordenó, entre otras cosas, la creación de un fondo público, la reanudación de un plan de gobierno tendiente a enfrentar esta problemática.

> ... la presente causa tendrá por objeto exclusivo la tutela del bien colectivo. En tal sentido, tiene una prioridad absoluta la prevención del daño futuro, ya que —según se alega— en el presente se trata de actos continuados que seguirán produciendo contaminación. En segundo lugar, debe perseguirse la recomposición de la polución ambiental ya causada conforme a los mecanismos que la ley prevé, y finalmente, para el supuesto de daños irreversibles, se tratará del resarcimiento. La tutela del ambiente importa el cumplimiento de los deberes que cada uno de los ciudadanos tienen respecto del cuidado de los ríos, de la diversidad de la flora y la fauna, de los suelos colindantes, de la atmósfera. Estos deberes son el correlato que esos mismos ciudadanos tienen a disfrutar de un ambiente sano, para sí y para las generaciones futuras, porque el daño que un individuo causa al bien colectivo se lo está causando a sí mismo. La

[28] Parra Vera, Oscar y Yamin, Alicia Ely, "La Sentencia T-760 de 2008, su implementación e impacto: retos y oportunidades para la justicia dialógica", en Clérico, Laura, *et al.*, (coords.), *Tratado de derecho a la salud*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 2591-2649.

[29] CSJN, Mendoza Beatriz y otros *vs.* Estado Nacional, 20 de junio de 2006.

mejora o degradación del ambiente beneficia o perjudica a toda la población, porque es un bien que pertenece a la esfera social y transindividual, y de allí deriva la particular energía con que los jueces deben actuar para hacer efectivos estos mandatos constitucionales.[30]

Las órdenes de la Corte impulsaron un diálogo entre los distintos sectores afectados, la realización de audiencias públicas y mesas de trabajo. Finalmente, en julio de 2008, la Corte dictó la sentencia en la que se determinó la responsabilidad de dichas entidades en las acciones destinadas al mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la recomposición del ambiente y la prevención de daños futuros y estableció un programa de intervención que obliga a la Autoridad de Cuenca Matanza-Riachuelo (ACUMAR) al seguimiento de un cronograma de actuación de medidas. La Corte delegó en un juzgado federal de primera instancia el control del cumplimiento de la sentencia y creó un cuerpo colegiado, conformado por el defensor del Pueblo de la Nación y algunas ONG para impulsar la participación ciudadana en la puesta en marcha de la sentencia y el control del cumplimiento del fallo. Entre las consideraciones que ilustran el enfoque de la Corte Suprema, se destacan las siguientes:

Que la recomposición y prevención de daños al ambiente obliga al dictado de decisiones urgentes, definitivas y eficaces. De acuerdo con este principio, la presente sentencia resuelve de modo definitivo la específica pretensión sobre recomposición y prevención que ha tramitado por medio de este proceso urgente y autónomo. El objeto decisorio se orienta hacia el futuro y fija los criterios generales para que se cumpla efectivamente con la finalidad indicada, pero respetando el modo en que se concreta, lo que corresponde al ámbito de discrecionalidad de la administración. De tal modo, el obligado al cumplimiento deberá perseguir los resultados y cumplir los mandatos descriptos en los objetivos que se enuncian en la presente, quedando dentro de sus facultades la determinación de los procedimientos para llevarlos a cabo.

...Con relación al plan integral para el saneamiento de la cuenca Matanza-Riachuelo presentado por la parte demandada se han realizado audiencias y dictámenes que evidencian deficiencias que este Tribunal debe tener en cuenta. De todo ese proceso, descripto en los considerandos anteriores, surge que existen importantes diferencias entre las distintas versiones presentadas, y que en muchos aspectos no hay una elaboración actualizada sino una reedición de documentos que existían con anterioridad y que datan de varios años. También han existido dificultades para conocer datos objetivos, públicos y

30 *Idem*.

mensurables sobre las distintas situaciones existentes, lo cual ha sido agravado por la dispersión de las fuentes de información y la falta de una terminología homogénea.

Por otro lado, la eficacia en la implementación requiere de un programa que fije un comportamiento definido con precisión técnica, la identificación de un sujeto obligado al cumplimiento, la existencia de índices objetivos que permitan el control periódico de sus resultados y una amplia participación en el control.

...Que por la presente sentencia la Autoridad de Cuenca queda obligada a cumplir el siguiente programa:

I) Objetivos: El programa debe perseguir tres objetivos simultáneos consistentes en: *1)* La mejora de calidad de vida de los habitantes de la cuenca; *2)* La recomposición del ambiente en la cuenca en todos sus componentes (agua, aire y suelos); *3)* La prevención de daños con suficiente y razonable grado de predicción. Para medir el nivel de cumplimiento de esos objetivos la Autoridad de Cuenca deberá adoptar alguno de los sistemas internacionales de medición que se encuentran disponibles e informar al tribunal competente para la ejecución de esta sentencia en un plazo de 90 (noventa) días hábiles. El incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

II) Información pública. Organizar, en un plazo de 30 (treinta) días hábiles, un sistema de información pública digital vía internet para el público en general, que de modo concentrado, claro y accesible, contenga todos los datos, informes, listados, cronogramas, costos, etcétera, actualizados, que fueron solicitados en la resolución de fecha 22 de agosto de 2007. El incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca.

[otros temas en los que se estableció un cronograma fueron:] III) Contaminación de origen industrial; IV) Saneamiento de basurales; V) Limpieza de márgenes de río; VI) Expansión de la red de agua potable; VII) Desagües pluviales; VIII) Saneamiento cloacal, y IX) Plan Sanitario de Emergencia.

...Que es igualmente relevante fortalecer la participación ciudadana en el control del cumplimiento del programa descripto en los considerandos anteriores. Dicho control debe ser organizado mediante la indicación de un coordinador capaz de recibir sugerencias de la ciudadanía y darles el trámite adecuado. Para tales fines —en orden a la plena autonomía funcional que se le reconoce al no recibir instrucciones de ningún otro poder del Estado— la designación debe recaer en el Defensor del Pueblo de la Nación. Esta autoridad conformará un cuerpo colegiado con los representantes de las organizaciones no gubernamentales que intervienen en la causa en igual carácter de terceros, coordinando su funcionamiento y distribuyendo internamente las misiones, entre las que se incluyen la recepción de información actualizada

> y la formulación de planteos concretos ante la Autoridad de Cuenca para el mejor logro del propósito encomendado según criterios de igualdad, especialidad, razonabilidad y eficacia.
>
> Que además de la ejecución puntualizada, dicho tribunal tomará intervención en la revisión judicial que se promueva impugnando las decisiones de la Autoridad de Cuenca (artículos 18 y 109 de la Constitución Nacional), competencia que será de carácter exclusiva pues de este modo se procura asegurar la uniformidad y consistencia en la interpretación de las cuestiones que se susciten, en vez de librarla a los criterios heterogéneos o aun contradictorios que podrían resultar de decisiones de distintos jueces de primera instancia, frustrando así la más conveniente ejecución de la sentencia y estimulando una mayor litigiosidad que podría paralizar la actuación de la agencia administrativa interviniente.[31]

A finales de 2010, el cuerpo colegiado reconoció diversos avances, pero señaló el incumplimiento de las órdenes y se solicitó la aplicación de multas a los funcionarios públicos responsables. Sin perjuicio de ello la intervención de una entidad interjurisdiccional ha ayudado a corregir los problemas de dispersión y superposición de responsables y normativas aplicables y a mejorar el ejercicio del poder de la policía sobre las actividades contaminantes. Además, la sentencia abrió instancias de participación social en el diseño y control de las políticas.[32]

VII. La Sala Constitucional de Costa Rica y la orden para superar los problemas estructurales con las listas de espera[33]

La siguiente sección presenta cómo la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica abordó el tema de las listas de espera en la prestación de servicios de salud y las medidas que tomó para incidir más allá del caso en concreto. Las listas de espera han sido un problema estructural en Costa Rica.[34] Los hechos que motivaron la sentencia están relacionados con

[31] *Idem*.

[32] Sobre este caso véase Abramovich, Víctor, "El rol de la justicia en la articulación de políticas y derechos sociales", en Abramovich, *vs.*, Pautassi, L. (comps), *La revisión judicial de las políticas sociales,* Buenos Aires, Del Puerto, 2009, pp. 67 y ss. y Fairstein, Carolina y Morales, Diego, "En busca de soluciones judiciales para mejorar la calidad de vida de los habitantes de la cuenca Matanza-Riachuelo", Informe Anual 2009, Centro de Estudios Legales y Sociales.

[33] Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 4621, abril 13, 2013.

[34] Castillo Víquez, Fernando, y Calzada Miranda, Ana Virginia, *"El derecho a la salud bajo el sistema de salud costarricense"*, disponible en: *http://sitios.poder-judicial.go.cr/salaconstitucional/*

un paciente que se encontraba en una lista de espera de 200 personas para una cirugía de rodillas, producto de la demora en la prestación del servicio al demandante se le estaba afectando su calidad de vida, solicitando así a la Sala Constitucional que se ordenara a las autoridades médicas brindarle las atenciones que requería. Los demandados alegaban saturación e insuficiencia de recursos.

La Sala Cuarta señaló que los entes encargados de prestar dicho servicio tienen una obligación imperativa e impostergable de adaptarlo a las necesidades particulares de sus pacientes, y más aún cuando éstos requieren de una atención médica inmediata y urgente "sin que la carencia de recursos humanos y materiales sean argumentos jurídicamente válidos para eximirlos del cumplimiento de tal obligación". Por lo tanto la omisión de tales obligaciones constituiría una falta de servicio que puede dar lugar a la responsabilidad administrativa patrimonial de la entidad, por las lesiones antijurídicas provocadas a los administrados, la Sala también consideró que los encargados del mando de los entes prestadores del servicio de salud, así como los encargados del abastecimiento de recursos materiales y los directores de hospitales y clínicas están en el deber y, por consiguiente son los personalmente responsables de adoptar y poner en marcha todas las providencias y medidas administrativas y organizacionales para terminar con la prestación tardía del servicio de salud.

En esta decisión la Sala observó que, de acuerdo a los registros de decisiones de amparo sobre la prestación tardía del servicio de salud, llegó a la conclusión que esta situación no era una situación excepcional si no por el contrario una situación generalizada, lo que permitió tomar la decisión más allá del caso en concreto. Así pues el Tribunal consideró que había pasado todo plazo razonable para que las autoridades competentes resolvieran los problemas administrativos y brindaran el servicio público de conformidad con los principios constitucionales de oportunidad, eficiencia, eficacia y celeridad, indicando que la administración del ente prestador del servicio de salud no puede trasladar las consecuencias de su inoperancia e impericias en los administrados, en especial cuando se trata de derechos fundamentales como el derecho a la salud.

La Sala generó en la parte resolutiva de la decisión una directiva constitucional para que se procediera de manera paulatina, pero seria, para

Constitucion%20Politica/Doctrina/3-El%20Derecho%20a%20la%20Salud%20bajo%20el%20Sistema%20Costarricense-Magistrados%20Calzada%20y%20Castillo.pdf. De acuerdo con el reporte anual de 2012 emitido por la el Instituto de Seguridad Social de Costa Rica, existen alrededor de 650,000 personas en lista de espera.

erradicar las listas de espera irrazonables en la prestación del servicio de salud. Por esto solicitó que debían realizarse estudios técnicos que permitieran elaborar un plan dentro de los doce meses siguientes a la notificación de la sentencia, para la Sala dicho plan debe definir los plazos de espera razonables por patología o nivel de urgencia, así como los criterios objetivos para precisar la inclusión y ubicación de un paciente en las listas de espera. Asimismo, la Sala indicó que se debía fijar un cronograma de avance, y las medidas administrativas o técnicas para cumplir con las metas del plan. Lo anterior para que una vez aprobado el plan dentro de esos doce meses, en el plazo máximo de los doce meses siguientes a la aprobación del mismo, las listas de espera que existan contemplen plazos de espera razonables de acuerdo a la especialidad médica y el diagnóstico que corresponda. La Sala solicitó que se le alleguen informes semestrales de cumplimiento. Asimismo, la parte resolutiva de la decisión señaló a la ejecutiva de la entidad y al director del hospital que en caso de no cumplir con la decisión incurrirían en delito de desobediencia.[35]

VIII. Conclusiones

La difícil realidad latinoamericana ha exigido de diversas altas cortes particular creatividad y rigurosidad técnica para tratar de hacer realidad los derechos sociales en una región marcada por la miseria y la inequidad. Los remedios asociados a las macrosentencias y el activismo judicial dialógico, han focalizado el análisis en un control judicial estricto de la transformación estructural de políticas públicas.

Ello ha permitido diversas respuestas a los críticos de la intervención de las cortes en estas materias, pero también ha generado nuevos dilemas, debido a la larga espera por la puesta en marcha adecuada de aquellos remedios dirigidos a impulsar una mejor gestión institucional y una mayor deliberación democrática. Esa larga espera acentúa el justificado escepticismo que en la región tienen algunos sectores populares respecto a la posibilidad de grandes transformaciones sociales por vías institucionales.

A pesar de ello, las cortes latinoamericanas siguen avanzando hacia una mayor armonización entre una protección judicial estricta en el análisis de restricciones, creativa en la protección sustantiva de los derechos sociales, que vela por su impacto equitativo, y que intenta armonizar una vigorosa

35 Corte Suprema de Costa Rica, Sala Constitucional, Sentencia 3691,13 de marzo de 2013.

protección de estos derechos con un impulso importante de la discusión pública y la deliberación democrática.

Las grandes esperanzas que ello despierta constituyen el gran reto hacia futuro, teniendo en cuenta que la participación y las posibilidades reales de deliberación democrática dependen del contexto sociopolítico. Y ese contexto actual, en América Latina, sigue siendo de grave exclusión social, inequidad, violencia sociopolítica y pobreza, con importantes asimetrías entre los actores que dialogan en torno a la puesta en marcha de los fallos, y con importantes falencias en el soporte institucional encargado de materializar los derechos sociales. Por ello, las cortes deben seguir cumpliendo una función fundamental en la recomposición de las asimetrías de poder, impedir la exclusión de ciertas voces en el debate público, garantizar la imparcialidad de ciertos procedimientos, impulsar la mayor deliberación pública posible, el reconocimiento de los grupos de especial protección y la redistribución de la riqueza.

CUATRO CASOS DE INTERACCIÓN ENTRE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA MEXICANA Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES Y CULTURALES

Juan Carlos UPEGUI MEJÍA

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución mexicana de 1917 es un ejemplo de la singularidad constitucional de las Américas. Fue para entonces un excepcional ejercicio de articulación del pensamiento social, de las críticas al modelo del Estado liberal, y de las reivindicaciones sociales de los líderes de la Revolución. Una Constitución revolucionaria con todas sus letras. La primera Constitución en el mundo occidental en reconocer, en el plano de su jerarquía, algunos de los que se llamarían derechos "sociales". Un pacto político para el pueblo y no sólo para las élites. La primera en prefigurar lo que la doctrina europea llamaría el "estado social".

En la presente contribución me limitaré a señalar de forma anecdótica algunos ecos de esa impronta. La actual vigencia de los derechos sociales y la urgencia de su eficacia. Para ello me valdré de un tema que es hoy de la

mayor importancia jurídica y política, o lo que es igual, de la mayor importancia constitucional: la interacción judicial entre la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Pero no cualquier interacción, sino aquella orientada a la protección judicial de los derechos sociales y culturales. Interacción escasa, poco conocida y difícil, pero no por ello inexistente, inútil o impracticable.

Para ello me valdré de cuatro casos en donde estas dos cortes interactúan. Toman y reciben ideas. Influyen y se dejan influir. Se aventuran a la construcción de una semántica que intenta la comunidad de referentes. Y en últimas despliegan su poder orientado a la eficacia de los derechos sociales y culturales. A partir de estos cuatro casos intentaré dar cuenta de algunas ideas sobre las condiciones, la potencialidad y las limitaciones de tales interacciones.

II. Primer caso. La interacción por la "vía indirecta" y los derechos culturales de las comunidades indígenas

La llamada interacción por la "vía indirecta" es una forma de interacción que sucede teniendo en cuenta las limitaciones de la Corte Interamericana para pronunciarse sobre obligaciones generales y especiales en materia de derechos sociales y culturales.[1] Existe una interesante discusión sobre la competencia de la Corte Interamericana para pronunciarse de forma explícita sobre estos derechos.[2]

Esta discusión tiene dos argumentos antagónicos centrales. El primero, por la positiva, es que el artículo 26 de la Convención Americana, que incorpora el mandato de progresividad, funge como una norma remisoria

[1] Una buena descripción de la llamada "vía indirecta" para la protección de los derechos sociales y culturales se puede encontrar en el excelente estudio de Parra Vera, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, 2011. Para otra muy buena caracterización vía indirecta véase: Salmón, Elizabeth, *Los derechos económicos sociales y culturales en el Sistema Interamericano: el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y políticos*, Lima, GTZ, 2010.

[2] La discusión ha tenido buenos exponentes en la doctrina. Por la positiva, véase Courtis, Christian, "Artículo 26 Desarrollo Progresivo", en Steiner, Chtistian *et al. (coords)*, *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, coordinadores, México, 2014, pp. 654-676. Por la negativa, véase Ruiz-Chiriboga, Oswaldo, "The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System", *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31/2, 2013, pp. 161-186.

a otros instrumentos del sistema interamericano, *i.e.*, la Carta de la OEA, en donde es posible precisar el contenido específico de los derechos sociales y culturales. Norma remisoria que habilita la competencia de la Corte en tanto la misma hace parte de la Convención Americana.

El segundo, por la negativa, según el cual, una interpretación sistemática de la Convención Americana y del Protocolo de San Salvador, llevan a la conclusión de que la Corte solamente tiene competencia para pronunciarse sobre dos tipos de derechos sociales: sindicación y educación, y solamente en relación con aquellos Estados que hayan ratificado el Protocolo de San Salvador.[3] Independientemente de la discusión doctrinal, y de las opiniones separadas de algunos de los jueces de la Corte Interamericana, lo cierto es que la Corte hasta hoy sólo se ha pronunciado de forma explícita sobre el contenido de las obligaciones especiales del derecho a la educación en el caso Gonzales Lluy *vs.* Ecuador. Primer caso hasta ahora, en donde la Corte Interamericana ha declarado la violación de las obligaciones contenidas en el Protocolo de San Salvador, y primero, en donde se ha pronunciado *ex professo* sobre el contenido de las obligaciones especiales de un clásico derecho social: el derecho a la educación.

No obstante, esta limitación, que podríamos llamar del "diseño" del Sistema Interamericano, no ha impedido que la Corte Interamericana se pronuncie sobre contenidos posibles de los derechos sociales y culturales. En efecto, la Corte se ha pronunciado, pero lo ha hecho utilizando como referente las obligaciones generales y especiales de los derechos reconocidos de forma explícita en la Convención Americana. Esto es, se ha pronunciado sobre los derechos sociales y culturales por la "vía indirecta".[4]

Esta "vía indirecta" no es más que la ampliación del contenido semántico de algunos derechos, como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la igualdad, a las garantías judiciales y a la propiedad, para incluir en ellos contenidos típicamente "sociales" o "culturales". Por esta vía, importantes estándares materialmente de derechos sociales y culturales alimentan hoy el *corpus iuris* interamericano.

A partir de esta particularidad de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, se abre la posibilidad para que las Cortes locales empleen el

---

3 El capítulo más reciente de esta polémica tuvo lugar en el seno mismo de la Corte Interamericana durante la discusión del caso Gonzales Lluy y otros *vs.* Ecuador, del 1o. de septiembre de 2015. Véase, por la positiva, el voto concurrente de los jueces Ferrer MacGregor, Caldas y Ventura Robles. Y por la negativa, los votos concurrentes de los jueces Sierra Porto, y Pérez Pérez.

4 Para algunos buenos ejemplos de esta práctica véase Alicia Ely Yamin (coord.), *Los derechos económicos sociales y culturales en América Latina: del invento a la herramienta*, México, Plaza y Valdés, 2006, pp. 171-194.

argumento de la "vía indirecta" para proteger en el orden interno los derechos sociales y culturales. Esto es, acudan a la "ampliación semántica" o a la "lectura social" de un derecho civil y político para proteger una realidad que corresponde más a un derecho social o cultural.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha utilizado el argumento de la vía indirecta de la Corte Interamericana, en asuntos relativos a los derechos culturales de los miembros de comunidades indígenas. Tal y como sucedió en el caso del Amparo directo en revisión E 1624 de 2008, de 5 de noviembre de 2008. En esta oportunidad, la Suprema Corte revisó el amparo interpuesto por un indígena contra la decisión de un juez penal que lo condenó por encontrarlo en posesión de huevos de tortuga. La conducta estaba tipificada por el Código Penal de la federación, como un delito contra el ambiente. El caso giró sobre dos interpretaciones directas de la Constitución mexicana relacionada con el carácter pluricultural del Estado y los derechos de los indígenas. La Suprema Corte concedió el amparo, entre otras, porque el juzgador no estimó las costumbres particulares de la comunidad indígena a la que pertenecía el actor. Finalmente, ordenó rehacer el proceso con atención a los criterios constitucionales señalados.

La Suprema Corte de forma activa tuteló los derechos culturales de las comunidades indígenas y de sus miembros, reconocidos en la Constitución, y sin necesidad de ocultarlo tras la fachada de un derecho civil o político. No obstante, se apoyó en los casos de La Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, Comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, y del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, resueltos por la Corte Interamericana. Los estándares interamericanos fijados en estos casos y seguidos por la Suprema Corte en este asunto, fueron:

> a) Hacen parte del objeto protegido por el artículo 21 de la CADH, en relación con las comunidades indígenas, los territorios tradicionales y los recursos naturales que ahí se encuentren, así como los elementos incorporales que se desprendan de ellos, en tanto guarden una relación especial con la cultura tradicional (párrafo 137 Yakye Axa; párrafo 118 Sawhoyamaxa).
>
> b) El Estado debe proteger el derecho de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre su territorio como un medio para garantizar su supervivencia. Este derecho incluye el de usar y gozar del territorio y de los recursos naturales que en él se encuentran y de los cuales dependa su estilo de vida (párrafo 122 Saramaka).

En lo pertinente, el argumento de la Suprema Corte es como sigue:

> [L]a Corte Interamericana de Derechos Humanos, directamente relevante en nuestro ámbito jurídico, ha subrayado en jurisprudencia constante y reiterada sobre comunidades indígenas que "los miembros de los pueblos indígenas y tribales precisan ciertas medidas especiales para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos…, en especial respecto del goce de sus derechos de propiedad, a fin de garantizar su supervivencia física y cultural.
>
> También en el ámbito internacional se ha destacado lo que por otro lado la Constitución federal deja, como hemos visto, claro: que el reconocimiento de las costumbres y especificidades indígenas implica la necesidad de dar relevancia en el contexto jurisdiccional estatal a reglas especiales, no necesariamente iguales a las de fuente estatal ordinaria, en una amplia variedad de ámbitos. Por ejemplo, y por aludir a uno que guarda alguna relación con lo que se ventila en el presente caso, en el ámbito del uso y goce de su territorio y de los recursos naturales que en él se encuentren. En casos como el de las comunidades indígenas Yakye Axa y Sawhoyamaxa, y en el caso del pueblo Saramaka, la Corte Interamericana ha destacado que la importancia que el acceso y uso de los recursos naturales puede tener para la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y de sus integrantes: "la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio, que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí"; añadiendo que "el artículo 21 [de la Convención Americana de Derechos Humanos] protege el derecho a dichos recursos naturales" [nota al pie 13] .
>
> [Nota al pie 13 caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, párrafo 137 y Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, párrafo 118. En los mismos párrafos la Corte destaca que "los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho de ser titulares de los recursos naturales que han usado tradicionalmente dentro de su territorio por las mismas razones por las cuales tienen el derecho de ser titulares de la tierra que han usado y ocupado tradicionalmente durante siglos. Sin ellos, la supervivencia económica, social y cultural de dichos pueblos está en riesgo". La Corte ha destacado también que "[e]sta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo". (Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, párrafos 124 y 137, y caso

Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs*. Paraguay, párrafos 118 y 121). En el mismo sentido, caso del Pueblo Saramaka *vs* Surinam, párrafo 122]". (Amparo directo en revisión E 1624 de 2008, de 5 de noviembre de 2008, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

La Suprema Corte hace un destacado ejercicio de compenetración interpretativa entre los mandatos constitucionales contenidos en el artículo 2o., relativos a la libre determinación y a la autonomía de las comunidades indígenas, y los estándares interamericanos en materia de derechos culturales, como han sido fijados por las sentencias de la Corte Interamericana, *i.e.*, *res interpretata*. Mantiene su voz, como máximo intérprete de la Constitución, pero se apoya, en un interesante ejercicio legitimidor, en los estándares interamericanos en la materia.

Lo particular del caso es que los estándares interamericanos en la materia han sido construidos a partir de una interpretación conforme con otros tratados, como el Convenio 169 de la OIT, pero, sobre todo, bueno es notar que la irrupción de esta lectura "cultural" de los derechos de propiedad, en pura clave de la racionalidad de los derechos culturales, está anclada en una discusión sobre el alcance del artículo 21 de la Convención Americana, relativo al derecho de propiedad. En estos casos, la Corte Interamericana desarrolla la "vía indirecta" de protección de los derechos culturales, mediante la cual cumple su papel protector de los derechos humanos en el escenario multiétnico de las Américas, pero evita los problemas procesales y de competencia que supondría un reconocimiento *ex professo* de los derechos sociales y culturales.

III. Segundo caso. La interacción de lo local a lo interamericano, por la vía del argumento de la "interpretación evolutiva de los tratados": el derecho a la salud reproductiva

El argumento de la interpretación evolutiva de los tratados es una forma de interpretación extensiva, que se soporta en el reconocimiento de prácticas jurídicas tanto en el plano internacional como en el plano local de los Estados parte en la Convención Americana. Inspirada en la práctica del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por esta vía, la Corte Interamericana ha intentado precisar el sentido de las obligaciones generales y especiales en materia de derechos humanos.[5] Para ello, reconoce de forma explícita cambios

5 Para una descripción de la práctica tanto en el sistema europeo como en el interamericano, a partir de la noción de "consenso material" véase Pascual Vives, Francisco, "Consenso

advertidos en la conciencia jurídica sobre un punto en particular, en el plano universal y regional, y especialmente, a partir de decisiones locales de los Estados parte en la Convención. Según esta práctica, la Corte asume que los tratados de derechos humanos son "instrumentos vivos" cuya interpretación ha de "acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales". Sin embargo, no es una forma de reconocer el surgimiento de un nuevo derecho por la vía de la costumbre internacional, aunque pareciera operar bajo la misma lógica.

Este tipo de argumento, favorece una interacción particular entre el conjunto de tratados del sistema interamericano, los demás tratados de derechos humanos, y sobre todo, los sistemas normativos nacionales, con especial énfasis en el derecho constitucional local, y las decisiones de los tribunales constitucionales. A partir de la riqueza jurídica de las Américas, y de los avances en la formalización del reconocimiento de los derechos humanos, este argumento funciona de facto como una forma de interamericanizar los avances locales en materia de derechos humanos.

Algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación han sido invocadas por la Corte Interamericana, en el contexto de la elaboración de argumentos por "interpretación evolutiva de los tratados".[6] Esta invocación, junto con la de otras decisiones de altas cortes en las Américas, ha tenido una función central en la forma en que la Corte Interamericana resuelve los casos. Los orienta filosófica y jurídicamente, y de una u otra forma, los legitima de cara a los Estados parte de la Convención.

La sentencia de la Suprema Corte invocada por la Corte Interamericana que traemos como ejemplo es la que resuelve la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, de 28 de agosto de 2008, relacionada con el alcance de la protección a la vida humana desde la concepción. En este caso, la Suprema Corte resuelve la alegada inconstitucionalidad del Código Penal del Distrito Federal que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo, cuando la misma es practicada desde el momento de la concepción hasta la semana doce de la gestación.

Por su parte, en el plano interamericano, en el caso Artavia Murillo (FIV) *vs.* Costa Rica, la Corte Interamericana revisa la interpretación del artículo 4 de la Convención Americana, efectuada por la Corte Constitu-

---

e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 66-2, julio de 2014, pp. 113-153.

6 Además de la que citamos aquí como ejemplo de la interacción, la Corte Interamericana ha citado, en el caso Sarayaku *vs.* Ecuador, el caso del amparo en revisión 781/2011, de 14 de marzo de 2012 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de México, relacionado con el reconocimiento del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas.

cional de Costa Rica, y con base en la cual, esta Corte declaró la inconstitucionalidad de las normas que permitían el procedimiento de fertilización *in vitro* en dicho Estado. Al pronunciarse sobre la (debida) interpretación del artículo 4, y en especial, de la expresión "en general, desde la concepción", se presenta una interacción con decisiones de las altas cortes de varios Estados de las Américas. El estándar interamericano fijado en este caso es el siguiente:

> a) La expresión "en general" del artículo 4.1 de la Convención Americana, según una interpretación teleológica, es la de permitir, según corresponda, un adecuado balance entre derechos e intereses en conflicto (párrafo 263, Artavia).
>
> b) En relación con la prohibición absoluta del tratamiento de fertilización *in vitro* tal interpretación teleológica indica que no puede alegarse la protección absoluta del embrión anulando otros derechos (párrafo 263, Artavia).

La interacción con la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se anotó, ocurre en el contexto de la elaboración del argumento por "interpretación evolutiva de los tratados", y es en lo pertinente, como sigue:

> 260. Al respecto, la Corte [Interamericana] considera que otras sentencias en el derecho constitucional comparado procuran efectuar un adecuado balance de posibles derechos en conflicto y, por lo tanto, constituyen una relevante referencia para interpretar los alcances de la clausula (*sic*) "en general, desde la concepción" establecida en el artículo 4.1 de la Convención. A continuación se hace una alusión a algunos ejemplos jurisprudenciales en los que se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero donde se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalcando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre.
>
> …
>
> 262. …De otra parte… La Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina ha señalado …En similar sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México declaró que, del hecho de que la vida sea una condición necesaria de la existencia de otros derechos no se puede válidamente concluir que debe considerarse a la vida como más valiosa que cualquiera de esos otros derechos [NP 424 *Cfr*. Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 28 de agosto de 2008, acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. En particular, en la sentencia se indicó que: "En otros términos, podemos aceptar como verdadero que si no se está vivo no se puede ejercer ningún derecho, pero de ahí no podríamos deducir que el derecho a la vida goce de preeminencia frente a cualquier otro dere-

cho. Aceptar un argumento semejante nos obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo”] (Artavia Murillo (FIV) *vs.* Costa Rica).

En Artavia tenemos una breve alusión y una cita textual de la decisión de la Suprema Corte ya reseñada, en el contexto de una argumentación altamente saturada de datos de las prácticas judiciales y constitucionales de las Américas. Podríamos preguntarnos ¿cuál es el valor, o el peso específico de este tipo de interacción? O mejor, ¿qué vale una decisión de la Suprema Corte para la Corte Interamericana? Una panoplia de respuestas es posible. Desde la más ortodoxa del derecho internacional: el derecho interno de los Estados es un mero hecho para el derecho internacional; hasta las más heterodoxas de las teorías sociológicas de las comunidades transnacionales de redes judiciales: la formación del juicio de cualquier corte, y de una corte internacional en especial, depende de forma fuerte de la influencia que ejercen las redes judiciales sobre los jueces que las integran. Lo cierto es que este caso es un indicio de la interacción. Y que la Corte Interamericana no sólo espera que sus decisiones sean acogidas y respetadas por los jueces de los Estados parte de la Convención, sino también que los oye y los cita. Y sobre todo, que emplea sus argumentos para fortalecer los suyos. Así, estas decisiones locales, citadas por la Corte Interamericana terminan por operar una especie de legitimación *ad intra* del Sistema Interamericano. Una suerte de apoyo recíproco, nada despreciable al momento de enfrentar problemas jurídicos de alta complejidad como el de los límites al derecho a la vida, y el del reconocimiento implícito del derecho a la salud sexual y reproductiva, en el contexto de técnicas asistidas de reproducción humana.

Por otra parte, no deja de ser extraño que la Corte Interamericana haya decidido citar ese específico párrafo de la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007. El párrafo citado está relacionado con una lectura ontológica de la vida, y no deontológica del derecho a la vida. Esto es, la vida entendida como condición para cualquier otra actividad, y no la vida entendida como derecho. Y es extraño, porque el argumento de la Suprema Corte es contradictorio. Intentando una reducción al absurdo, la Suprema Corte naufraga en su propósito. Dice la Suprema Corte: “Aceptar un argumento semejante nos obligaría a aceptar también, por ejemplo, que el derecho a alimentarse es más valioso e importante que el derecho a la vida porque lo primero es una condición de lo segundo.” En estricto sentido, sigue siendo más importante la vida (en sentido ontológico) porque sin la vida tampoco es posible alimentarse. Otra es la discusión en el plano normativo de los derechos. Pero la Suprema Cor-

te pasa del nivel deontológico al ontológico y termina por formular un mal argumento ¡y este a su vez es replicado por la Corte Interamericana!

Finalmente, es importante notar que en este caso la construcción del derecho a la salud reproductiva, un típico derecho social, pasa también por la vía indirecta. Esto es, la Corte Interamericana al intentar delimitar el alcance del derecho a la vida, establecido en el artículo 4 de la Convención Americana, prefigura la esfera protegida de otros derechos, estos de contenido social. Esta dependencia de la vía indirecta muestra nuevamente las limitaciones que tiene la Corte para reconocer explícitamente los derechos sociales. Limitaciones que no existen, necesariamente, en el plano del sistema jurídico mexicano.

IV. Tercer caso. La interacción con los estándares de interpretación de la Convención. Límites al derecho al trabajo-protección del derecho a la integridad física y a la salud

Los estándares de interpretación de la Convención son una guía para entender la forma como la Corte Interamericana adelanta sus competencias como máximo intérprete de la Convención. Unos límites que la propia Corte expresa y a los que debe sujeción. Pero son también una guía para que los Estados descarguen sus obligaciones internacionales y adecuen su conducta a los mandatos de la Convención Americana. Esta dimensión cobra una especial importancia al momento de precisar los límites que los derechos humanos imponen al ejercicio del poder público local. Dimensión que una vez se localiza integra el aparato metodológico de los tribunales constitucionales.

Este tipo de interacción tiene lugar cuando las cortes locales hacen suyo el fin protector de la Convención Americana y articulan la protección de los derechos sociales y culturales, con el modelo democrático de gobierno imperante en las Américas. La ley, al momento de regular los derechos, no puede vaciar su contenido o limitarlos de forma excesiva, no solamente porque disposiciones constitucionales lo mandan, sino porque la Convención Americana así lo impone. En la precisión de los criterios interpretativos de la Convención y de las obligaciones generales de los derechos humanos, las opiniones consultivas de la Corte Interamericana han tenido una función destacada.[7] Las cortes locales suelen apelar a estos argumentos para la protección de los derechos sociales y culturales.

[7] Para una descripción de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, que muestra bien la importancia de su trabajo, no sólo en la definición de criterios interpretativos

Un buen ejemplo de esta interacción, por la vía de los límites al ejercicio del poder público impuestos por la Convención Americana, es el de la sentencia de Amparo en Revisión 173 de 2008, de 30 de abril de 2008, expedida por la Suprema Corte. En esta oportunidad, la Suprema Corte revisa el amparo interpuesto por una persona, titulada como médico cirujano y con cédula profesional activa desde 2005, quien consideraba que la Ley General de Salud expedida en 2007, desconocía su derecho al trabajo. Dicha Ley, a la sazón, exigía que la práctica de cirugías estéticas estuviese precedida de una autorización por parte de la Secretaría de Salud y de un certificado de especialidad médica. Para resolver el caso, la Suprema Corte aplica un test de proporcionalidad y concluye que la medida que limita el derecho al trabajo es constitucional. En la elaboración de los argumentos típicos del test de proporcionalidad, la Suprema Corte toma elementos de la Opinión Consultiva número 5 de 1985, en relación con el concepto de "necesidad" de las restricciones a los derechos humanos; también se vale de algunos elementos de los casos Ximenes Lopes *vs.* Brasil y Albán Cornejo *vs.* Ecuador, en relación con el objeto regulado: el ejercicio profesional de la medicina y su potencial impacto sobre la salud, la integridad física y la vida de los pacientes. La Suprema Corte identifica los siguientes estándares interamericanos, y los hace suyos, en la solución del caso:

> a) Las restricciones admisibles a los derechos humanos deben ser necesarias en una sociedad democrática. Para ello no sólo deben ser útiles y razonables, sino que deben satisfacer un interés público imperativo (párrafo 46, OC 5 de 1985).
>
> b) Entre varias opciones para satisfacer el interés público imperativo debe escogerse la que restrinja en menor escala el derecho protegido (párrafo 46, OC 5 de 1985).
>
> c) El Estado debe regular y fiscalizar con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios públicos de salud de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud (párrafo 99, Ximenes; párrafo 121, Cornejo).

Desde la forma en que la Suprema Corte plantea la metodología para la solución del caso se hace evidente la centralidad de las fuentes del sistema interamericano. La articulación del test de proporcionalidad y el contenido

de la Convención Americana, véase Roa Roa, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

mismo de las premisas revelan una rica interacción, como puede apreciarse en los siguientes extractos:

> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, [Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, núm. 5, párrafos. 46 y 79] (…) en cuanto a las restricciones válidas a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales respecto a los cuales tienen competencia (…) ha establecido que:
>
> ‘necesarias’, sin ser sinónimo de ‘indispensables’, implica la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’ y que para que una restricción sea ‘necesaria’ no es suficiente demostrar que sea ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuna’. La ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones ... dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido…
>
> [D]ebemos observar que el artículo 4o. constitucional, establece que “toda persona tiene derecho a la protección de la salud”. [E]sta Sala reconoce que la protección del derecho a la salud, depende de la forma como son reguladas las condiciones de acceso a los servicios médicos y la regulación de todas aquellas peculiaridades que incidan en la calidad de ésta…
>
> La Corte Interamericana de Derechos Humanos incluso ha manifestado que los Estados son responsables de regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud, [*Cfr*. Corte IDH, caso Ximenes Lopes. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm.149, párrafo 99] para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y la integridad personal. Además de que para todo ello se requiere de la formación de un orden normativo que respete y garantice efectivamente el ejercicio de sus derechos, y la supervisión eficaz y constante sobre la prestación de los servicios de los que dependen la vida y la integridad de las personas. [*Cfr*. Corte IDH. Caso Albán Cornejo y otros. Fondo reparaciones y costas, sentencia del 22 de noviembre de 2007, serie C, núm.171, párrafo 121]…
>
> Así, al ser las cirugías estéticas o cosméticas relacionadas con el cambio o corrección de las zonas o regiones de la cara y del cuerpo una actividad que no puede ser llevada a cabo por cualquier persona, aun tratándose de un médico, por el alto riesgo que existe a que se afecte la salud de terceros, la restricción que se establece, consistente en contar con la autorización de la Secretaría de la Salud, y para ello, contar con la certificación o recertificación de alguna especialidad en salud, es una restricción válida para el ejercicio profesional de la medicina y, por tanto, no es contraria al artículo 5o. constitucional, al garantizar de manera equilibrada el derecho al trabajo y el derecho a la salud”. (Sentencia de Amparo en Revisión 173 de 2008, de 30 de abril de 2008, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

Este caso revela las potencialidades de la interacción judicial en materia de derechos sociales y culturales. En especial es una muestra de que la ausencia de jurisprudencia específica en materia de derechos sociales y culturales por parte de la Corte Interamericana, no es y no puede ser un obstáculo para que elementos de las obligaciones generales de los derechos humanos, bien desarrollados por la Corte Interamericana, sean apropiados por las cortes locales para la solución de problemas relacionados con el alcance de los derechos fundamentales, y en últimas para proveer a su adecuada protección.

El caso resuelto en esta oportunidad por la Suprema Corte es un maravilloso ejemplo de esta potencialidad. Además, nos muestra cómo la interacción judicial se alimenta a partir de los demás elementos del sistema de fuentes del Sistema Interamericano, vista la inclusión explícita de las opiniones consultivas, y a partir del aparato interpretativo de la Convención en clave democrática. En este sentido, los conceptos de ley, o de la "necesidad" de las restricciones, bien precisados por las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, tienen una función central en la toma de decisiones sensibles para los derechos sociales y culturales en los órdenes internos.

Por último, cabe destacar también el éxito de la metodología del llamado principio de proporcionalidad. Una técnica constitucional para el control del poder legislativo y la delimitación de los derechos fundamentales, que a su vez se interamericaniza y se localiza en las jurisdicciones constitucionales de las Américas. Esta rica interacción judicial que revela la sentencia del amparo en revisión 173 de 2008, funge como indicio de su apropiación en ambos niveles.

V. Cuarto caso. La interacción en el plano de las obligaciones generales. Los derechos de las personas con discapacidad

Una clasificación bien aceptada de las obligaciones en materia de derechos humanos insiste en diferenciar obligaciones generales, que integran el contenido de todos los derechos reconocidos en los tratados internacionales, y obligaciones especiales, que precisan el contenido de cada uno de los derechos reconocidos en los tratados internacionales, y que constituyen su singularidad y marca de distinción. La discusión sobre la competencia de la Corte Interamericana para pronunciarse sobre los derechos sociales y culturales se ha concentrado sobre la existencia de las obligaciones especiales. Es decir, sobre el reconocimiento de un contenido específico de estos derechos. En efecto, la polémica no ha llegado al problema de las obligaciones generales, a pesar de

que el artículo 26 de la Convención pareciera apuntar a la obligación general por antonomasia de los derechos sociales: la de su protección y satisfacción progresiva.

No obstante, la interacción judicial, tanto en el plano de la discusión teórica como en el plano de la interacción como tal, no tiene por qué limitarse a las obligaciones especiales y a sus particularidades. Esta interacción ha tenido lugar atendiendo a las obligaciones generales establecidas en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana, y en especial a la obligación general de "tomar medidas" para el reconocimiento, el respeto, la garantía y la satisfacción de los derechos humanos. A partir de una consideración de las obligaciones generales, las cortes locales han empleado argumentos ligados a dichas obligaciones para actualizar, frente a casos concretos, los deberes positivos del Estado.

Un ejemplo de esta forma de interacción podemos verlo en el caso del amparo en revisión 159 de 2013, de 16 de octubre de 2013. Un caso interesantísimo desde muchos puntos de vista. En esta oportunidad la Suprema Corte revisa el amparo que un adulto en situación de discapacidad interpuso contra la decisión judicial que lo había declarado interdicto y, en consecuencia, incapaz de ejercer sus derechos civiles y disponer de su patrimonio. A esta persona le había sido diagnosticado síndrome de Asperger, aunque existía debate sobre su verdadera condición médica. El actor, en su demanda de amparo, alegó que la legislación del Distrito Federal, fundada en el modelo de "sustitución en la toma de decisiones", era incompatible con los tratados internacionales de derechos humanos en materia de protección a personas en situación de discapacidad. La Suprema Corte a partir de la interpretación de las normas internacionales y de criterios jurisprudenciales de distintas cortes, incluida la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró posible adelantar una interpretación de la legislación local conforme con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en tanto ésta fuera concebida a partir del "modelo social" y del "modelo de asistencia en la toma de decisiones." La Suprema Corte concede el amparo y procede a la redacción de la sentencia en el formato de "lectura fácil", para que el actor pudiese comprender lo allí decidido. Asimismo, ordena rehacer el proceso de interdicción con base en los criterios interpretativos a que debía someterse la aplicación de la legislación local, según la argumentación contenida en la parte motiva de su sentencia.

Esta sentencia es rica en consideraciones construidas a partir del derecho internacional. La función de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, vista en perspectiva y en el contexto de la extensa sentencia, parece menor. Sin embargo, existe una interacción judicial que podríamos llamar

de principio. Una interacción que propone la Suprema Corte en relación con las obligaciones generales en materia de derechos humanos. El estándar interamericano que emplea la Suprema Corte está definido en el caso Ximenes Lopes *vs.* Brasil, y es del siguiente tenor:

> a) Toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales que tiene el Estado para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos (párrafo 103, Ximenes).
>
> b) Los Estados deben adoptar medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad (párrafo 103, Ximenes).

La interacción a partir de las obligaciones generales en materia de derechos sociales, en especial, las obligaciones de protección de las personas con alguna discapacidad, puede apreciarse en los siguientes extractos:

> 1.3. Criterios jurisdiccionales en materia de discapacidad.
>
> Si bien esta Suprema Corte ha ido construyendo una teoría constitucional en torno a los principios de igualdad y de no discriminación, lo cierto es que han sido escasos los pronunciamientos en torno a la discapacidad como una categoría específica protegida por ambos principios.
>
> …
>
> En primer término, es fundamental atender a lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que los criterios emanados de este órgano resultan obligatorios para los tribunales mexicanos. Esto es así, ya que el Tribunal Pleno, al resolver recientemente la contradicción de tesis 293/2011, estableció que: "los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos contenidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato constitucional establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona…".
>
> En lo que hace al tema que se aborda en este asunto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que toda persona con alguna discapacidad y que se encuentre en situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, la cual obliga a los Estados a tomar medidas positivas de

> carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier índole, necesarias para eliminar cualquier forma de discriminación y propiciar su plena integración a la sociedad [nota al pie, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ximenes Lopes *vs.* Brasil. 4 de julio de 2006]". (Amparo en Revisión 159 de 2013, de 16 de octubre de 2013, Suprema Corte de Justicia de la Nación).

La interacción ocurre, como anotamos, para definir una cuestión de principio. Esto es, una cuestión que orientará el resto de la decisión: la obligación de los Estados de tomar medidas positivas para eliminar cualquier forma de discriminación. Esta interacción no es para nada menor. Revela una identidad de propósitos entre las sentencias de ambas cortes en los dos niveles, el nacional y el internacional. Y además funciona como indicio, nuevamente, de la potencialidad de interacción para la protección de los derechos sociales.

Por otra parte, esta sentencia es singular dentro de las estudiadas, porque es la única que fundamenta la invocación de la jurisprudencia interamericana en la existencia de una obligación fuerte, en el plano interno, de considerar vinculante la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, independientemente de que el Estado mexicano haya sido parte del caso respectivo, según lo dicho en la famosa *c*ontradicción de tesis 293/2011. Destacar este pronunciamiento expreso frente a los otros casos llama a la reflexión sobre el carácter de la interacción. Si la interacción en los casos anteriores mostró su riqueza a pesar de, o incluso precisamente por, suceder de forma espontánea, se impone una pregunta sobre la pertinencia de forzar la interacción, de hacer de la interacción un mandato.

Es cierto que el nimbo de la doctrina del control de convencionalidad envuelve estas cuestiones, pero aún queda espacio para la reflexión sobre la pertinencia de seguir este camino, y sobre todo, de embarcarse a fondo en una discusión teórica de la interacción a partir de un mandato en estas coordenadas. No cabe duda de que para que exista una fructífera interacción entre ambas cortes debe existir una doctrina articuladora del orden interno con el sistema interamericano *i. e.*, interpretación conforme, margen de apreciación nacional, bloque de constitucionalidad, en cualquiera de sus ricas y diversas manifestaciones. La cuestión central es decidir si la doctrina del control de convencionalidad es la más apropiada para favorecer una interacción constructiva, articulada de forma técnica, respetuosa de la seguridad jurídica, y sobre todo lo más protectora posible de los derechos sociales y culturales en la República mexicana.

VI. A MANERA DE CONCLUSIÓN

1. Una pesquisa somera por las sentencias de la Suprema Corte de Justicia mexicana en materia de derechos sociales, y la selección de al menos cuatro casos, muestra de forma apenas indiciaria que existe una interesante interacción entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Suprema Corte de Justicia de México.

2. Los indicios de esta interacción son también del vigor de la centenaria tradición constitucional de corte social que caracteriza la República mexicana. Esto, sumado a la reforma en materia de derechos humanos de 2011, no puede sino llevarnos a aceptar que existen en México condiciones especiales para la potencialización de la eficacia de los derechos sociales y culturales en el plano de las prácticas judiciales.

3. A pesar de las limitaciones de diseño del sistema interamericano, que han impedido una jurisprudencia más robusta y explícita en materia de derechos sociales y culturales, existen múltiples estándares interamericanos que guardan una especial relación con los derechos sociales y culturales. Estos estándares, construidos principalmente por la vía indirecta, pueden servir como criterios orientadores, legitimadores y complementarios de las decisiones locales en la materia.

4. La riqueza del sistema interamericano y de una lectura integral de los derechos humanos nos muestra la potencialidad de la interacción judicial. En este sentido, es posible que en la práctica judicial local se sigan estándares interamericanos relacionados con las obligaciones generales en materia de derechos sociales y culturales, con aspectos dogmáticos de estos derechos y con los criterios generales de interpretación de la Convención Americana. En el presente escrito vimos dos buenos ejemplos. Estas alternativas de interacción van generando un lenguaje común y permiten enriquecer y legitimar las decisiones de los jueces en el nivel interno.

5. La interacción judicial es de doble vía. La Corte Interamericana está atenta a las decisiones de las cortes locales en materia de derechos humanos; las escucha y en algunas ocasiones, como vimos, invoca sus argumentos, y reflexiona con ellas. Esta circunstancia impone una altura de miras diferente para las altas cortes en las Américas. Las decisiones locales cada vez más están permeadas por la mirada internacional, y en especial, por la mirada interamericana.

6. La interacción, para que sea buena, debe articularse de forma técnica. La definición del estándar interamericano y el diálogo mediante la formulación y la aplicación de estándares deberían ocupar especial lugar

en el momento en que la Suprema Corte decide invocar las decisiones de la Corte Interamericana. Los cuatro casos aquí citados son ejemplos de buena interacción judicial. No obstante, existen ejemplos de mala interacción judicial. En este sentido es urgente la elaboración de una metodología propia de las interacciones. Una técnica del diálogo judicial que haga explícitos algunos criterios y que evite la tentación de la elección selectiva y oportunista de los textos de las decisiones de la Corte Interamericana.

7. La idea de interacción judicial de la que este escrito da una mínima cuenta es una forma intuitiva de llamar la comunicación entre las dos cortes. Existen desarrollos teóricos más elaborados en la materia. El constitucionalismo multinivel, el diálogo judicial, las técnicas de interpretación conforme, la doctrina del bloque de constitucionalidad, la doctrina del margen de apreciación nacional y la doctrina del control de convencionalidad, son todas formas más articuladas de dar cuenta metodológica y heurísticamente de la interacción judicial. Aquí también hay una tarea pendiente. No obstante, la virtud de llamar este fenómeno interacción, y dar cuenta de él con cuatro sencillos e ilustrativos ejemplos, puede llamar a la reflexión sobre lo que se quiere con estas doctrinas, que no debería ser otra cosa que asegurar la mejor forma de proteger y garantizar los derechos sociales y culturales, y de hacerlo de una forma razonable y comprensible para todos.

VII. Bibliografía

Alicia Ely Yamin (coord.), *Los derechos económicos sociales y culturales en América Latina: del invento a la herramienta*, México, Plaza y Valdés, 2006.

Courtis, Christian. "Artículo 26 Desarrollo Progresivo", en *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coord.), México, Konrad Adenauer Stiftung, 2014.

Parra Vera, Oscar, *Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Colección Sistema Interamericano de Derechos Humanos, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2011.

Pascual Vives, Francisco, "Consenso e interpretación evolutiva de los tratados regionales de derechos humanos", *Revista Española de Derecho Internacional*, núm. 66-2, julio de 2014.

Roa Roa, Jorge Ernesto, *La función consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

RUIZ-CHIRIBOGA, Oswaldo, "The American Convention and the Protocol of San Salvador: Two Intertwined Treaties. Non Enforceability of Economic, Social and Cultural Rights in the Inter-American System", en *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 31/2, 2013.

SALMÓN, Elizabeth. *Los derechos económicos sociales y culturales en el Sistema Interamericano: El artículo 26 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el camino hacia una lectura social de los derechos civiles y Políticos* Lima, GTZ, 2010.

Decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

LA Colegiación Obligatoria de Periodistas (artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, serie A, núm. 5.

CASO Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay. Fondo reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, serie C, núm. 125 .

CASO Comunidad Indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146.

CASO Ximenes Lopes *vs*. Brasil, sentencia del 4 de julio de 2006, serie C, núm. 149.

CASO Albán Cornejo y otros *vs.* Ecuador. Fondo reparaciones y costas, sentencia de 22 de noviembre de 2007, serie C, núm. 171.

CASO del Pueblo Saramaka. *vs.* Surinam. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, serie C, núm. 172.

CASO Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador. Fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245.

CASO Artavia Murillo y otros (Fecundación *in vitro) vs.* Costa Rica. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 noviembre de 2012, serie C, núm. 257.

CASO Gonzales Lluy y otros *vs*. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1 de septiembre de 2015, serie C, núm. 298.

DECISIONES de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México

AMPARO en revisión 173/2008, del 30 de abril de 2008.

ACCIÓN de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, del 28 de agosto de 2008.

AMPARO directo en revisión E 1624/2008, del 5 de noviembre de 2008.

AMPARO en revisión 159/2013, del 16 de octubre de 2013.

LA CONCRECIÓN DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE SANO EN MÉXICO

Marisol ANGLÉS HERNÁNDEZ*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Breves consideraciones sobre los conceptos jurídicos indeterminados y su empleo en la Constitución mexicana*. III. *¿De qué hablamos cuando hablamos del derecho de toda persona a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar?* IV. *El reconocimiento desde el sistema universal y americano de los derechos humanos*. V. *La responsabilidad del Estado en relación con el derecho a un medio ambiente sano*. VI. *Reflexiones finales.* VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Debido a la relación e interdependencia existente entre la protección y afectación del medio ambiente, la salud, el desarrollo económico, científico y tecnológico y el derecho, es que este último podría ser el factor de articulación y regulación orientado a "garantizar la supervivencia del planeta a través de la preservación, conservación y mejora de los elementos físicos y químicos que la hacen posible" [1] y así, estar en posibilidad de arribar a un desarrollo sostenible.

A tales fines, es necesario contar con un marco conceptual que permita la correcta comprensión de su contenido y alcances por los diversos actores implicados, (poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, así como la sociedad

* Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, doctora en Derecho Ambiental, miembro de la línea de investigación institucional: "Derechos, conflictos socio-ambientales y política" y del Proyecto PAPIIT IN302311: "El derecho fundamental a la consulta de los pueblos originarios frente a los megaproyectos de inversión y desarrollo", marisol_angles@yahoo.com.mx.

1 Ortega Álvarez, Luis (dir.), *Lecciones de derecho del medio ambiente,* Valladolid, Lex Nova, 2000, p. 48.

en general, esta última como corresponsable en la obligación de velar por la materialización del derecho a un medio ambiente sano.

Asimismo, analizamos el reconocimiento del derecho humano a un medio ambiente sano en los sistemas universal y regional de derechos humanos; así como en el nacional, y la configuración de la responsabilidad internacional de Estado ante la vulneración del derecho en análisis como uno de los retos por superar en el marco del desarrollo neoliberal que impulsa la incursión del capital, tanto nacional como extranjero, respecto de actividades extractivas que ignoran los derechos asociados a los recursos naturales y a la calidad del ambiente, prácticas secundadas por los poderes del Estado.

II. Breves consideraciones sobre los conceptos jurídicos indeterminados y su empleo en la Constitución mexicana

La Constitución, desde la concepción jurídica, se identifica como la norma suprema, la ley fundamental de la organización de un Estado que integra un complejo normativo en el que se establecen las funciones fundamentales de aquél, se regulan sus órganos, el ámbito de sus competencias, las relaciones entre ellos,[2] y se ordena el contenido axiológico que le da sustento.

De tal forma, cada sistema jurídico podrá optar por realizar una declaración específica de derechos —un catálogo cerrado— o bien, por establecer cláusulas generales, dotadas de la flexibilidad necesaria para permitir la incorporación de nuevas categorías jurídicas.[3] Así, los esfuerzos del poder legislativo por llevar a cabo esta labor deben estar ligados a la conciencia de los jueces, quienes resuelven, por medio del ejercicio interpretativo, las ambigüedades y ambivalencias de la ley con apego a los valores sociales, políticos, éticos y económicos establecidos por la sociedad,[4] mismos que constituyen la base entera del ordenamiento.[5]

De acuerdo con Sáinz, "un término es indeterminado cuando no tiene límites precisos, esto es, cuando no traza sobre la realidad a la que se refiere

[2] *Cfr.* García Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2002, pp. 33 y 34.

[3] Revenga Sánchez, M., "Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 64, enero-abril, 2002, pp. 99-110.

[4] *Cfr.* Maclean , Roberto G., "Reformar la justicia: ¿De qué se trata?", en Pásara, Luis (comp.), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 54.

[5] García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., Madrid, Civitas, 1991, p. 98.

una línea clara".[6] En un principio el tema fue abordado por la doctrina alemana (*unbestimmter Rechtsbegriff*), para continuar su análisis con una multiplicidad de enfoques. Una de las posturas que más reconocimiento ha tenido es la que sostiene que el empleo de conceptos jurídicos indeterminados no da lugar a la discrecionalidad administrativa, pues ésta permite elegir entre diversas soluciones posibles alguna que se considere conveniente; mientras que, los conceptos jurídicos indeterminados únicamente admiten una solución correcta, cuyo control queda en manos del juzgador.[7] A decir de García, los conceptos jurídicos indeterminados son perfectamente controlables por el juez mediante de su ejercicio normal, el de interpretar y aplicar la ley a unos hechos cuya existencia y objetividad él mismo controla;[8] pues estamos ante conceptos jurídicos indeterminados, pero determinables;[9] siempre con respeto a los valores y principios reconocidos implícita o explícitamente por la Constitución, esto es con base en su fundamento axiológico.

En definitiva, "la indeterminación inherente a la noción no implica una indeterminación total y absoluta de su aplicación que permita cualquier interpretación y la contraria, o una invocación meramente caprichosa capaz de legitimar cualquier solución".[10] Por el contrario, cuando la ley emplea estos conceptos apunta inequívocamente a una realidad concreta, perfecta-

6 Sáinz Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, Civitas, 1976, p. 70.

7 *Ibidem*, p. 192.

8 Al respecto cabe advertir que hay quienes dudan de la objetividad judicial, por ejemplo, se ha llegado a sostener que "las decisiones judiciales son rigurosamente subjetivas. El juez no razona objetivamente, sino que decide bajo los impulsos de su percepción personal. Cuando se pronuncia a favor de un interés determinado, está realizando una declaración de voluntad apenas disimulada con argumentaciones legales de muy poca consistencia. Los Tribunales están suplantando en ocasiones a la administración, y en ocasiones a la ley. Pura y simplemente están creando derecho [...]. Porque en cuanto se profundiza un poco en las pretendidas "técnicas" jurídicas, aflora la roca ideológica", *cfr.* Nieto García, A., "La administración sirve con objetividad los intereses generales", en Martín-Retortillo Baquer, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, T. III, p. 2243.

9 Una crítica a esta tesis se encuentra en Igartua Salaverría, J., quien señala: "los conceptos indeterminados admiten una única solución porque, de otro modo, no serían controlables en vía judicial; y son controlables en vía judicial gracias a que los conceptos indeterminados sólo admiten una única solución", *cfr.* "Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 92, 1996, p. 547 y del mismo autor "El indeterminado concepto de 'los conceptos indeterminados'", *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñate, núm. 56, enero-abril, 2000, pp. 145-162.

10 Fernández García, María Y., "El concepto jurídico indeterminado de 'servicio esencial' en la Constitución Española", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 170, mayo-agosto de 2006, pp. 331 y 332.

mente determinable; ubicándose en el concepto opuesto, el límite a la indeterminación, un límite manifiesto, patente y rotundo.[11]

En otras palabras, se ha dicho que:

> La indeterminación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una "unidad de solución justa" en cada caso, a la que se llega mediante una actividad de cognición, objetivable por tanto, y no de volición.[12]

Es así como se llega a una apreciación ponderada mediante juicios disyuntivos, en la que, conforme a la fórmula alemana, tendrá que decidirse cuál de los dos juicios es el correcto, lo que significa la inmediata anulación del otro.

Bajo el esquema imperante en el constitucionalismo mexicano actual, debe estarse a la ponderación de derechos en el marco del principio *pro persona*, anclado en el artículo 1o., párrafo segundo de nuestra Constitución, que a la letra dice: "Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

Como se advierte, no se trata simplemente de una imposición de la norma internacional sobre la nacional, sino de un proceso interpretativo de armonización, que implica, incluso, en algunas ocasiones, dejar de aplicar la primera, al resultar de mayor alcance protector la norma nacional, conforme al principio *pro persona* y a la obligación general de respetar los derechos y libertades previstos en los tratados internacionales, sea cual sea su denominación o la materia que regulen[13] pues una vez que éstos han reunido las condiciones formales para su incorporación a nuestro orden jurídico,

---

[11] Véase García de Enterría, E., "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 89, 1996, p. 83.

[12] García de Enterría, E. y Fernández, T. R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas-Thomson, 2005, T. I, p. 465.

[13] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 359. De acuerdo con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del que México es parte, desde el 27 de enero de 1980, se dispone: "Artículo 2. Términos empleados. *1.* Para los efectos de la presente Convención: *a)* se entiende por "tratado" un acuerdo internacional regido por el derecho internacional y celebrado por escrito: *i)* entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales; o *ii)* entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular…".

de conformidad con el artículo 133 constitucional, forman parte de la Ley Suprema de toda la Unión.

Entre los sujetos estatales obligados con esta cláusula se hallan todos los intérpretes de las normas en materia de derechos humanos, ello implica a todas las autoridades del Estado mexicano, dentro de sus competencias. Es decir, los jueces deben acudir a esta técnica de interpretación en todo caso relacionado con normas de derechos humanos en los asuntos de su competencia; los legisladores tendrán que adecuar la normativa existente utilizando este criterio y aplicarlo como parte de la técnica legislativa al emitir la norma, y todos los órganos de la administración pública deberán ajustar su actuación conforme a la nueva pauta interpretativa de derechos humanos, especialmente cuando se trate de restricción de los mismos. [14]

III. ¿De qué hablamos cuando hablamos del derecho de toda persona a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar?

En México el reconocimiento del derecho de toda persona a un medio ambiente con determinadas características de calidad se dio hasta fines del siglo XX, el 28 de junio de 1999, mediante la reforma al artículo 4o. de la Constitución mexicana, que incluyó, en su párrafo quinto, el derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. Y luego de trece años, volvió a modificarse para cambiar el calificativo "adecuado" por "sano", para quedar como sigue:

> Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.[15]

Ante este postulado es necesario identificar a los titulares del mismo, así como de dotar de un significado concreto a sus componentes a fin de estar en posibilidad de exigir y valorar su cumplimiento.

---

[14] *Ibidem*, p. 363.

[15] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, párrafo adicionado el 28 de junio de 1999 y reformado el 8 de febrero de 2012.

1. *Toda persona tiene derecho a…*

Si atendemos a la redacción estricta del concepto *persona* y a su ubicación en nuestra norma fundamental, podría sostenerse que toda persona —física y jurídica— puede exigir administrativa y judicialmente la garantía de su derecho a un medio ambiente sano; pero, dado que la mayor parte de los instrumentos internacionales que reconocen este derecho le ubican en la categoría de "derecho humano"[16] y aquél se erige en premisa fundamental para el derecho a la salud y a la vida misma, tenemos que la titularidad se constriñe a la persona humana,[17] aunque de conformidad con la reforma constitucional del 6 de junio de 2011, también las personas morales pueden ser titulares de derechos humanos, pues el primer párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos afirma:

> En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

No obstante, la titularidad de los derechos humanos de la que pueden ser objeto las personas morales tiene estrecha relación con su propia naturaleza; en razón de ello el derecho a un medio ambiente sano como elemento intrínseco de la vida misma no es congruente con su construcción y fines.

2. *Toda persona tiene derecho a un medio ambiente…*

Aparentemente, el término "medio ambiente" es entendido por todos, sin embargo, su definición ha sido objeto de amplios debates y críticas. Desde una perspectiva general, el término "ambiente" (*environment, Umwelt,* y *environnement*)[18] alude al entorno que rodea al ser humano, "aparece como

[16] El sistema de protección internacional americano protege únicamente a las personas naturales. *Cfr.* Organización de los Estados Americanos, *Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1990-1991*, Washington, D. C., CIDH, 1991, OEA/Ser.L/V/II, 79 Rev.1, doc.12, p. 454.

[17] Anglés Hernández, M., "Denuncia Popular, ¿Ejercicio de la Participación Pública en la Protección Ambiental?", *Lex-Difusión y Análisis*, México, núm. 120, junio de 2005, p. XIX.

[18] Véase Martín Mateo, Ramón, *Tratado de derecho ambiental*, Madrid, Trivium, 1991, vol. I, p. 81.

sinónimo de lo natural" y como sustento de lo humano;[19] lo que denota su carácter antropocéntrico.

Ahora bien, desde el punto de vista jurídico existen diversas concepciones en las que se alude intrínsecamente a una elección de diseño de las relaciones entre el ser humano y su entorno,[20] y aunque no pretendemos desarrollar aquí el análisis de la copiosa argumentación sobre el concepto en cuestión, sí estableceremos su contenido.

En esta línea, nuestra Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) entiende por "medio ambiente", al "conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre [*sic*] que hacen posible la existencia y desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinados".[21] Con este mismo enfoque, Da Silva lo define como "una interacción del conjunto de elementos naturales, artificiales y culturales que propician el desenvolvimiento equilibrado de la vida en todas sus formas".[22]

Con otra perspectiva, Brañes concibe al medio ambiente "como un sistema, vale decir, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí, pero con la precisión de que estas interacciones provocan la aparición de nuevas propiedades globales, no inherentes a los elementos aislados, que constituyen el sistema";[23] en esta línea Caravita entiende por medio ambiente, al "equilibrio ecológico, ya sea de la biosfera o de cada uno de los ecosistemas individualizados".[24] En ambas definiciones se alude a los bienes que integran el medio ambiente y sus interacciones.

Bajo la misma idea de sistema o conjunto, el Tribunal Constitucional Español ha dicho que el:

> Ambiente no puede reducirse a la mera suma o yuxtaposición de los recursos naturales y su base física, sino que es el entramado complejo de las relaciones de todos esos elementos que, por sí mismos, tienen existencia propia y anterior, pero cuya interconexión les dota de un significado trascendente, más

---

19 Carmona Lara, María del Carmen, *Derechos en relación con el medio ambiente*, 2a. ed., México, UNAM-Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, 2002, p. 19.

20 Jordano Fraga, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995, p. 78.

21 Carmona Lara, María del Carmen, *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Medio Ambiente, comentarios y concordancias*, México, PROFEPA-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 17.

22 Da Silva, J. A., *Direito ambiental constitucional*, Brasil, Malheiros Editores, 1994, p. 2.

23 Brañes, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, 2a. ed., México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental-Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 20.

24 Caravita, B., *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 1990, p. 53.

> allá del individual de cada uno. Se trata de un concepto estructural cuya idea rectora es el equilibrio de sus factores, tanto estático como dinámico, en el espacio y en el tiempo.

En tal sentido se ha configurado, desde una mirada jurídica y con eficacia inmediata, como la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y las sociedades.[25]

En esta línea, Bacigalupo se refiere al medio ambiente como la "suma de las bases naturales de la vida humana", cuyos objetos de protección son el:

> Mantenimiento de las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como de la fauna, la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de estas especies, de tal forma que el sistema ecológico se mantenga con sus sistemas subordinados y no sufra alteraciones perjudiciales.[26]

Por nuestra parte, consideramos al medio ambiente como el conjunto interdependiente de los elementos ambientales (agua, aire, suelo y biodiversidad), cuya dinámica e interacciones dan soporte a la vida planetaria; pues estimamos que, al incorporar los elementos inducidos por el ser humano, además de evidenciar una orientación eminentemente antropocéntrica, invadimos el contenido de otros derechos, como el derecho al desarrollo y a la cultura, por citar algunos.

3. *Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano…*

La incorporación del derecho al medio ambiente en los distintos ordenamientos jurídicos hace referencia a diversos conceptos jurídicos indeterminados que le califican con la intención de clarificar las condiciones ambientales que tratan de protegerse.

La legislación chilena emplea el calificativo "libre de contaminación", esto es, un medio ambiente en el que los contaminantes se encuentren en concentraciones y periodos inferiores a aquellos susceptibles de constituir riesgo a la salud de las personas, a la calidad de la vida de la población, a la

---

[25] Jurisprudencia Constitucional, "STC 102/1995, de 26 de junio", *http://www.tribunalconstitucional.es/JC.htm.*

[26] Bacigalupo, E., "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, año 8, núm. 23, mayo-agosto, 1986, p. 206.

preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental (artículo 2o. inciso m, de la Ley No. 19.300).[27]

A juicio de Loperena, el derecho a un medio ambiente sano involucra la idoneidad de la composición cualitativa del medio ambiente que consiste en el derecho a usar y disfrutar de una biosfera con determinados parámetros físicos y biológicos[28] de modo que la persona pueda desarrollarse dignamente.

En México se alude a un medio ambiente sano, esto es, de acuerdo con el *Diccionario de la Real Academia Española*,[29] que es bueno para la salud, seguro, sin riesgo.

4. *Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo…*

La noción de desarrollo puede entenderse desde muy diversos ámbitos; sin embargo, aludimos al referido a la comunidad humana que implica "progresar, crecer económica, social, cultural o políticamente"; es decir, "incrementar algo de orden físico, intelectual, económico o moral".[30]

Como afirma la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo,[31] éste es:

> Un derecho humano inalienable en virtud del cual todos los seres humanos y todos los pueblos están facultados a participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él (artículo 1o.).

Como se advierte, la concepción eminentemente económica ha evolucionado hacia una visión más amplia que necesariamente debe considerar la diversidad de sus titulares, pues es esencial para garantizar la supervivencia de pueblos diferenciados en un mundo globalizado que camina hacia

[27] Gobierno de Chile. Comisión Nacional del Medio Ambiente, Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en *http://www.conama.cl/rm/568/article-931.html.*

[28] *Cfr.* Loperena Rota, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 56 y 69.

[29] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa, 2001, t. VIII, p. 814.

[30] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme…, *cit.*, p. 360.

[31] Véase el texto íntegro del documento en Tapia Hernández, S. (comp.), *Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999, pp. 121-125.

una creciente homogeneización cultural.[32] Es por ello que en la actualidad las nociones de desarrollo incluyen también referencias a aspectos culturales, participativos, sostenibles, dejándose abierta su definición para que cada pueblo determine el tipo de desarrollo que le interesa poner en marcha[33] y las alternativas para lograrlo.

Esta postura ha sido retomada por diversos instrumentos internacionales que abordaron el tema, entre ellas, la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, la cual a partir del reconocimiento de la degradación del medio ambiente, impulsada por modalidades insostenibles de producción y consumo, un crecimiento sin precedentes de la población, la persistencia y difusión de la pobreza y las desigualdades sociales y económicas, dispone en su Principio 3 que:

> El derecho al desarrollo es un derecho universal e inalienable, que es parte integrante de los derechos humanos fundamentales, y la persona humana es el sujeto central del desarrollo. Aunque el desarrollo facilita el disfrute de todos los derechos humanos, no se puede invocar la falta de desarrollo para justificar la violación de los derechos humanos internacionalmente reconocidos. El derecho al desarrollo debe ejercerse de manera que se satisfagan equitativamente las necesidades ambientales, de desarrollo y demográficas de las generaciones presentes y futuras.[34]

También hay una referencia a los pueblos indígenas en el Principio 14, que señala:

> Al considerar las necesidades de los indígenas, en materia de población y desarrollo los Estados deberían reconocer y apoyar su identidad, su cultura y sus intereses y permitirles participar plenamente en la vida económica, política y social del país, especialmente en lo que afecte a su salud, educación y bienestar.[35]

---

[32] *Cfr.* Gómez Isa, Felipe, "Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo", en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006, p. 451.

[33] *Cfr.* López Bárcenas, Francisco, "El derecho de los pueblos indígenas al desarrollo", *http://www.lopezbarcenas.org/ensayos*, p. 3.

[34] *Cfr.* Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, Nueva York, Naciones Unidas, 1995, A/CONF.171/13, p. 10.

[35] Aunque la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo no cuenta con una referencia expresa a los pueblos originarios, de la interpretación de sus disposiciones se puede extrapolar que aquéllos encuentran cabida como sujetos de este derecho, a partir de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y de la naturaleza colectiva del derecho en cuestión. En esta línea argumental, véase Colliard, Claude-Albert, "L'adoption par l'Assemblée Générale de la Declaration sur le Droit au Développement (4 décembre

Por lo que estos postulados deben leerse de la mano con las disposiciones del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes,[36] el cual, en materia de derecho al desarrollo dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a decidir sus prioridades en cuanto al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, "deben participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente" (artículo 7.1).

A tales fines, es de especial relevancia el derecho a la consulta, ya que obliga a los gobiernos a: "consultar a los pueblos interesados" respecto de las "medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente" y, a establecer los medios a través de los cuales, los "pueblos interesados puedan participar libremente" en la adopción de decisiones sobre políticas y programas que les conciernan. Dichas consultas deben efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas (artículo 6o.).

Otra disposición significativa es la que alude al derecho de los pueblos a los recursos naturales existentes en sus tierras, los que deberán protegerse especialmente. Este derecho implica a su vez, el derecho a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos y, en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras (artículo 15).

Por lo que toca a México, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de las Naciones Unidas expresó su inquietud por las crecientes tensiones entre actores externos y pueblos indígenas asociados a la explotación de sus recursos naturales, especialmente mediante la explotación minera y de hidrocarburos. Así como porque el derecho de los pueblos a ser

1986) ", *Annuaire Français de Droit International*, Paris, vol. XXXIII, 1987, p. 623 y Bedjaoui, M., "The Right to Development", en Bedjaoui, M. (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Paris, UNESCO, 1991, p. 1182.

36 OIT, *Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: un manual*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2003, pp. 13 y 14.

consultados antes de proceder a la explotación de los recursos naturales en sus territorios no se respeta.[37]

La omisión a las disposiciones internacionales señaladas obedece a su relación directa con los intereses empresariales y estatales que colisionan con los derechos colectivos de los pueblos, lo que implica su desplazamiento y la destrucción de su cultura, sin que exista beneficio alguno para estos colectivos por la ejecución de tales proyectos;[38] situación que se exacerbará a partir de la reforma energética realizada en México, la cual sostiene que la actividad de exploración y explotación de hidrocarburos es preferente sobre cualquiera otra que pudiera realizarse en los terrenos; además, es de utilidad pública, interés social y orden público, tremenda armadura con la que el Estado protege estas actividades y pretende desdibujar derechos humanos reconocidos con antelación.

5. *Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar*

Por último, nuestra norma constitucional utiliza el término bienestar, mismo que aparece mencionado en un importante número de documentos relativos a los derechos humanos, pero que carece de una definición precisa. A este concepto la Real Academia Española[39] le ha dado una serie de significaciones, como conjunto de cosas necesarias para vivir bien, o como una vida abastecida de cuanto conduce a pasarlo bien y con tranquilidad, ambas concepciones resultan demasiado subjetivas, por lo que su acotamiento se dificulta; también se le ha calificado como el estado de la persona en el que se hace sensible el buen funcionamiento de su actividad somática y psíquica. Como se advierte, esta noción es utilizada en el contexto de la calidad de vida de las personas y aunque no se determine su contenido puede entenderse en razón de buscar mejores condiciones de estar para que las personas desarrollen plenamente todas sus actividades.

---

[37] CERD, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. México, Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 9 de marzo de 2012, pp. 4 y 5.

[38] Anglés Hernández, Marisol, "El derecho al desarrollo y a los recursos naturales de los pueblos originarios de México en un contexto de discriminación y exclusión", en *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 280.

[39] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa, 2001, T. II, p. 213.

De acuerdo con Meier, el bienestar debiera medirse no sólo en razón de las condiciones de vida de la población en general "calidad de vida", sino en términos del grado de preservación del medio ambiente natural.[40] En general, se ha llegado a decir que el bienestar constituye la expresión de los derechos económicos, sociales y culturales;[41] muchos de los cuales, en la actualidad, tienen una significación ligada al interés público, como interés de la colectividad; ya que el bienestar se halla relacionado con las condiciones ambientales que determinan la vida, por tanto, este elemento puede contribuir al establecimiento de parámetros determinados para el desarrollo del ser humano, pensado como ente individual y colectivo.

Así, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha resuelto que:

> La dignidad humana es un valor supremo establecido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en virtud del cual se reconoce una calidad única y excepcional a todo ser humano por el simple hecho de serlo, cuya plena eficacia debe ser respetada y protegida integralmente sin excepción alguna.[42]

Con todo, resulta evidente que el bienestar forma parte esencial de los valores en los que se fundamenta el ordenamiento jurídico de todo Estado social democrático de derecho, por ello, se incluye como una de sus responsabilidades procurar a las personas para que tengan una existencia digna, ya que la dignidad humana constituye la columna vertebral, el eje articulador de los derechos humanos.

IV. El reconocimiento desde el sistema universal y americano de los derechos humanos

Un medio ambiente sano es premisa fundamental para que la especie humana pueda vivir y, aún más, sobrevivir dignamente. Por ello, a lo largo de la historia reciente se han desarrollado algunos esfuerzos, cuyo punto de partida sobre la relación ser humano-medio ambiente se encuentra en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano y su Declaración de Estocolmo de 1972; cuyo Principio 1, dispone:

---

[40] Meier, E., "El derecho administrativo y la protección del entorno físico y social en Venezuela", *Revista de la Facultad de Derecho Andrés Bello*, Caracas, núm. 20, 1974-1975, pp. 36 y 37.

[41] *Cfr.* Kiss, A., "El derecho al medio ambiente de Estocolmo a Sofía", *Persona y derecho, Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos*, Pamplona, núm. 6, 1996, p. 154.

[42] Dignidad humana. Su naturaleza y concepto, Tesis I.5o.C.J/31, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, t. 3, octubre de 2011, p. 1529.

> El hombre [*sic*] tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y las condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

A partir de esta Conferencia, el trabajo sistemático sobre la protección ambiental global ha dado lugar a la concertación de importantes convenios internacionales sobre temas ambientales apremiantes, como el de la contaminación ambiental y el cambio climático,[43] los cuales no respetan fronteras. Así, tenemos que con base en importantes estudios, como el denominado: "Nuestro Futuro Común", preparado en 1987, sin ambages, se dio paso al nuevo concepto de desarrollo sustentable, en el que se aborda la relación entre éste y el sistema comercial, siempre desde la perspectiva de los derechos humanos.[44]

El siguiente esfuerzo auspiciado desde Naciones Unidas fue la celebración, en 1992, de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en Río de Janeiro. De esta reunión, mejor conocida como "Cumbre de la Tierra", emanaron una serie de máximas que han orientado el debate y la adopción de acuerdos en la materia, así como el desarrollo de programas y políticas que incorporan la variable ambiental, tanto en los ámbitos internos como internacionales. De tal suerte, el Principio 1 de esta declaración señala: "Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sustentable. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza". En el sustrato antropocéntrico de este principio convergen tres derechos trascendentales: al desarrollo en armonía con la naturaleza, a la salud y a un

[43] Sólo a manera de ejemplo pueden citarse: Convención sobre la Diversidad Biológica, *http://www.biodiv.org*; Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático, *http://unfccc.int/*; Convención Internacional de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en Particular en África, *http://www.unccd.int*; Convención sobre Tráfico Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres, *http://www.cites.org/*; Convención de Basilea sobre el Movimiento Transfronterizo de Residuos Peligrosos y su Eliminación, *http://www.basel.int/*; Convención de Viena para la protección de la Capa de Ozono y el Protocolo de Montreal sobre Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono, *http://www.unep.ch*; Convención de las Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, *http://www.un.org*.

[44] Boyle, A., "The Role of International Human Rights Law in Protection of the Environment", en Boyle, A. y Anderson, M. R., (eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Oxford University Press, 1996, p. 43.

medio ambiente sano,[45] lo que demuestra la interdependencia y conexidad de los derechos humanos.

Tras aceptar que el medio ambiente mundial continúa en deterioro y que los efectos adversos del cambio climático son más frecuentes y devastadores, situándose los países en desarrollo en un alto grado de vulnerabilidad, la Declaración de Johannesburgo[46] asume la responsabilidad colectiva hacia las generaciones presentes y futuras de promover y fortalecer, en los planos local, nacional, regional y mundial, el desarrollo económico, social y la protección ambiental, pilares interdependientes y sinérgicos del desarrollo sustentable.

Sin duda, el reconocimiento de las declaraciones y conferencias internacionales, como fuentes del derecho internacional ambiental es incuestionable; ya que a partir de sus postulados se ha logrado que los Estados internalicen en sus ámbitos nacionales los derechos en ellas contenidos y trabajen en su materialización.

En lo tocante al vínculo entre la tutela ambiental y los derechos humanos, la Corte Internacional de Justicia ha sostenido que la protección del medio ambiente es asimismo una parte vital de la doctrina contemporánea de los derechos humanos, pues es un *sine qua non* para numerosos derechos humanos, como el derecho a la salud y a la vida. Es escasamente necesario elaborar sobre esto, ya que el daño al medio ambiente puede perjudicar y debilitar todos los derechos humanos señalados en la Declaración Universal y otros instrumentos de derechos humanos.[47]

Ya en el sistema interamericano, se cuenta con un reconocimiento expreso del derecho a un medio ambiente sano en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), cuyo artículo 11 dispone:

---

[45] En este sentido el Proyecto de Principios sobre los Derechos Humanos y el Medio Ambiente constata, en su primera parte, que los derechos humanos a un ambiente ecológicamente racional, al desarrollo duradero y a la paz son interdependientes e indivisibles. Todas las personas tienen derecho a un ambiente seguro, sano y ecológicamente racional. Véase Examen de los nuevos acontecimientos ocurridos en las esferas de que se ha ocupado la Subcomisión: los derechos humanos y el medio ambiente, Informe final de la Relatora Especial, Sra. Fatma Zohra Ksentini, Nueva York, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, 1994, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1994/9, Anexo I; así como Kiss, A., "El derecho al medio ambiente...", *cit*, p. 168.

[46] Véase Fuentes Torrijo, X., "Los Resultados de la Cumbre de Johannesburgo", *Estudios Internacionales*, Santiago, Año XXXVI, núm. 140, enero-marzo, 2003, pp. 5-28 y *Declaración de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible*, disponible en: *http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/Spanish/WSSDsp_PD.htm.*

[47] Gabcikovo-Nagymaros Project, Hungary *vs.* Slovakia, Separate Opinion of Vice-President Weeramantry, The Hague, International Court of Justice, 1997.

> Derecho a un medio ambiente sano. *1.* Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. *2.* Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.

Al ratificar este Protocolo, los Estados partes se comprometen a adoptar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en él; lo cual es congruente con uno de los objetivos de la democracia, tal y como lo establece la Carta Democrática Interamericana en su artículo 15:

> El ejercicio de la democracia facilita la preservación y el manejo adecuado del medio ambiente. Es esencial que los Estados del Hemisferio implementen políticas y estrategias de protección del medio ambiente, respetando los diversos tratados y convenciones, para lograr un desarrollo sostenible en beneficio de las futuras generaciones.[48]

Otra forma de tutelar el derecho a un medio ambiente sano se ha dado desde la protección de los derechos colectivos de los pueblos y comunidades indígenas a sus tierras, territorios y recursos naturales por medio del ya referido Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Respecto a este derecho, la SCJN en jurisprudencia ha sostenido que:

> La protección del medio ambiente y los recursos naturales es de tal importancia que significa el "interés social" de la sociedad mexicana e implica y justifica, en cuanto resulten indisponibles, restricciones estrictamente necesarias y conducentes a preservar y mantener ese interés, precisa y puntualmente, en las leyes que establecen el orden público.[49]

Asimismo, y a efecto de explicar cómo es que se desarrolla el derecho en cuestión, la misma SCJN ha manifestado que:

---

[48] Calle, Humberto de la (coord.), *Carta Democrática Interamericana. Documentos e interpretaciones*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 2003, p. 7.

[49] A. Medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar. Concepto, regulación y concreción de esa garantía, Tesis aislada: I.4o.A.447, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXI, enero de 2005, p. 1799.

> El derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar de las personas, que como derecho fundamental y garantía individual consagra el artículo 4o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se desarrolla en dos aspectos: *a)* en un poder de exigencia y un deber de respeto *erga omnes* a preservar la sustentabilidad del entorno ambiental, que implica la no afectación ni lesión a éste (eficacia horizontal de los derechos fundamentales); y *b)* en la obligación correlativa de las autoridades de vigilancia, conservación y garantía de que sean atendidas las regulaciones pertinentes (eficacia vertical).[50]

De donde se relaciona directamente la eficacia vertical con el mandato constitucional impuesto al Estado, de garantizar del respeto a este derecho.

V. La responsabilidad del Estado en relación con el derecho a un medio ambiente sano

De acuerdo con Alexy, el derecho a un medio ambiente sano está constituido por un haz de posiciones muy diferentes, entre las que se encuentran: un derecho de defensa, en el que el Estado omita determinadas intervenciones en el medio ambiente; un derecho a protección, por medio del cual el titular del derecho se encuentra protegido por el Estado frente a intervenciones de terceros que dañen el medio ambiente; un derecho al procedimiento,[51] por virtud del cual el Estado permite al titular del derecho participar en procedimientos relevantes para el medio ambiente y, el derecho a un medio ambiente sano, para cuyo fin el Estado lleva a cabo medidas fácticas tendentes a mejorarle.[52]

En este apartado, referiremos aquellos supuestos que dan lugar a la responsabilidad internacional del Estado por la falta de protección del derecho a un medio ambiente sano.

[50] A. Derecho a un medio ambiente adecuado para el desarrollo y bienestar. Aspectos en que se desarrolla, Tesis aislada: I.4o.A.569, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXV, marzo de 2007, p. 1665.

[51] De acuerdo con nuestra Constitución, la actualización de los derechos fundamentales que ella reconoce requiere de un espacio jurisdiccional en el que las personas cuestionen el otorgamiento de un mandato de tribunal que positivamente haga efectivos los derechos declarados y reconocidos. *Cfr.* Castro y Castro, J. V., "Proposición de gran reforma procesal en México", *Revista Judicial*, México, núm. 4, julio-diciembre de 2004, p. 3.

[52] *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001, p. 429.

La responsabilidad internacional constituye uno de los aspectos más importantes del derecho internacional público atendido desde las Naciones Unidas mediante la Comisión de Derecho Internacional (CDI),[53] quien ha elaborado, entre otros, el Proyecto sobre Responsabilidad por la Comisión de un Hecho Ilícito Internacional. En este marco, se ha dicho que la responsabilidad internacional se propone designar:

> Globalmente y sin tomar partido, todas las formas de relaciones jurídicas nuevas que pueden nacer en derecho internacional del hecho ilícito de un Estado, tanto si se limitan a una relación entre el Estado autor del hecho ilícito y el Estado directamente perjudicado como si se extienden también a otros sujetos del derecho internacional, y tanto si se centran en la obligación del Estado culpable de restituir el derecho del Estado perjudicado y de reparar el perjuicio causado como si giran en torno de la facultad del propio Estado perjudicado o de otros sujetos de imponer al Estado culpable una sanción admitida por el derecho internacional.[54]

De conformidad con Proyecto en cuestión,[55] todo hecho internacionalmente ilícito del Estado genera su responsabilidad y se está ante un hecho internacionalmente ilícito: “cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión: *a)* es atribuible al Estado según el derecho internacional, y *b)* constituye una violación de una obligación internacional del Estado”.[56]

Lo primero que hay que advertir es que el daño no constituye un elemento fundamental para determinar la responsabilidad; de igual forma, es relevante identificar como elemento constitutivo de aquélla a la omisión, pues ello involucra desde la falta de desarrollo legislativo para expedir las normas (por ejemplo, aquellas que garanticen los derechos ambientales protegidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)), hasta la de coordinación administrativa que dé como resultado el otorgamiento de autorizaciones o permisos cuya ejecución permita la vulneración de derechos protegidos (autorizaciones en materia de evaluación del im-

[53] La CDI es el organismo de Naciones Unidas encargado de la codificación y el desarrollo progresivo del derecho internacional.

[54] *Third Report on State Responsibility, by Mr. Roberto Ago, Special Rapporteur; The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility*, en United Nations, Yearbook of The International Law Commission, 1971, vol. II, Part One: Documents of the twenty-third session: Reports of the Special Rapporteurs and report of the Commission to The General Assembly, Nueva York, Document A/CN.4/246 and Add.1-3, 1973, p. 211.

[55] Naciones Unidas, Asamblea General, Responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, A/RES/56/83, Nueva York, 28 de enero de 2002.

[56] *Ibidem*, artículo 2o.

pacto ambiental). En segundo lugar, estamos ante el elemento subjetivo del hecho ilícito, que puede consistir tanto en el comportamiento de los órganos internos del Estado (ejecutivo, legislativo y/o judicial), independientemente de la organización interna del Estado, como de las personas o entidades que ejerzan atribuciones del poder público.

El deber de garantizar los derechos comporta cuatro obligaciones básicas: las de prevenir, investigar, sancionar y remediar. De acuerdo a la línea jurisprudencial de la Corte IDH, éstas son obligaciones de comportamiento que encuentran énfasis en la debida diligencia exigible al Estado.

La Corte IDH ha establecido que "el Estado está en el deber jurídico, conforme el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH),[57] de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos".[58] La determinación de "lo razonable" en el deber de prevención necesariamente se verifica ante casos concretos, tomando en cuenta la totalidad de las circunstancias del caso. En este sentido, resultan relevantes las medidas que permitan anticipar impactos ambientales, de salud, o de otro tipo, como son los estudios de impacto ambiental, las consultas públicas, y la información relativa a actividades peligrosas.

También es determinante la naturaleza de las actividades económicas que se desarrollan y los conocimientos que existen sobre sus riesgos inherentes; las medidas de seguridad que condicionan la autorización de actividades peligrosas, así como la fiscalización efectiva de su cumplimiento. Por último, la efectividad de mecanismos sancionatorios conlleva un efecto disuasivo a la infracción de normas, por lo que implica una función preventiva importante. En definitiva, si una práctica o actividad impone riesgos previsibles y evitables, entonces el Estado tiene la obligación de prevenir la violación de derechos, y la falta de debida diligencia para prevenir la violación atrae la responsabilidad del Estado.[59]

La importancia de los estudios de impacto ambiental para prevenir riesgos y adoptar medidas de seguridad, así como la relevancia del consentimiento y participación en la toma de decisiones sobre proyectos económicos, han

57 Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

58 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras…, *cit.*, párrafo 174.

59 *Idem*, párrafos 172 y173.

sido reconocidos por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) en su Informe y Demanda ante la Corte en el caso Awas Tingni[60] relativo a tierras indígenas en Nicaragua, así como en su Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.[61]

Por otro lado, el deber de regular es expresión concreta de la obligación de adoptar medidas en el fuero interno que aseguren el goce efectivo de los derechos y libertades garantizados en la CADH. Como ha señalado la Comisión IDH, los Estados deberán establecer "un sistema legal que funcione apropiadamente para prevenir la violación de los derechos protegidos".[62] Ante una legislación interna inadecuada para la prevención efectiva de posibles violaciones, cualquier daño concreto a esos derechos —cometido por la autoridad pública o por terceros— puede imputarse al Estado para establecer su responsabilidad de conformidad con los artículos 1.1 y 2 de la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos.[63]

La Corte IDH ha puesto énfasis en que no basta con tener legislación interna ni tampoco que las disposiciones internas estén en conformidad con lo que al Estado le exigen sus obligaciones internacionales, si mediante ellas o a pesar de ellas se violan cualesquiera de los derechos o libertades protegidos.[64] La línea jurisprudencial de la Corte IDH y de la Comisión IDH recalca que lo más importante para concluir si un Estado es responsable de violaciones a los derechos de la CADH es saber si la legislación es eficaz.

El deber del Estado de dar seguimiento a su normativa interna es corolario directo de la obligación de adoptar medidas para hacer efectivos los derechos. Como señalaba el presidente de la Comisión IDH:

---

60 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs*. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001, párrafo 25.

61 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc 7 rev., Washington, 28 febrero 1996.

62 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe núm. 3/98, caso 11.221, Tarcisio Medina Charry (Colom), 7 de abril de 1998.

63 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, serie A, núm. 13, 1993, párrafos 26-27. Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

64 *Idem*.

> Los abusos generales en contra de los derechos humanos a menudo persisten en los Estados que han incluido reglamentos industriales, laborales y ambientales amplios en su legislación: el problema es la ineficaz puesta en ejecución de dichas reglamentaciones.[65]

Las palabras del presidente Tirado Mejía hacen hincapié en que no basta que exista un derecho codificado si no se pone en marcha y vigila su cumplimiento.

En el contexto de la obligación de garantizar los derechos, el deber de regular adquiere particular importancia frente a actividades peligrosas de terceros que generan riesgos a la población, particularmente en materia ambiental. En este sentido, el derecho ambiental ha desarrollado el principio de prevención, orientado a evitar la consumación de daños irreparables y de mayores gastos resultado de la reparación del daño. Por lo que a partir del principio preventivo se pueden apuntalar una serie de herramientas, como los estudios de impacto ambiental, las consultas a la población, las medidas de seguridad, los límites máximos permisibles, los estándares de calidad ambiental, etcétera, que permiten reorientar el marco de actuación de las actividades económicas a fin de anticipar las repercusiones y prevenir efectos negativos al ambiente.[66]

En este sentido, la Corte IDH ha conocido un número importante de casos relacionados con la contaminación ambiental, la falta de acceso a la información y la gobernabilidad democrática y ha establecido un vínculo entre los riesgos a la salud y la vida, fundado en el artículo 4o. de la CADH,[67] respecto de lo que ha dicho:

> El ejercicio del derecho a la vida y a la seguridad e integridad física está necesariamente vinculado y, de diversas maneras, depende del entorno físico. Por esa razón, cuando la contaminación y la degradación del medio ambiente

---

65 Fragmento del discurso del presidente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Dr. Alvarado Tirado Mejía, ante el Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, 6 de febrero de 1995, p. 278. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Discurso del presidente ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Washington, D. C., 6 de febrero de 1995.

66 El principio de prevención se tomó de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo en 1972.

67 Artículo 4o. Derecho a la vida. *1.* Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

> constituyen una amenaza persistente a la vida y la salud del ser humano, se comprometen dichos derechos.[68]

De manera que, la Corte IDH ha sentenciado que:

> el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna.[69]

Por lo que, "el derecho a que se respete la vida", amparado en el artículo 4o. de la CADH también prohíbe "todo menoscabo" a la vida que pueda serle atribuido al Estado de acuerdo a las normas del derecho internacional.[70]

La Corte IDH ha afirmado expresamente la necesidad de interpretar ampliamente el artículo 4o. de la CADH: "en razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo."[71]

Por su parte, la Comisión IDH ha vinculado directamente la afectación del derecho a la vida con la contaminación industrial.[72] En su informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, se concluyó que actividades como la explotación petrolera han expuesto a los habitantes de la región "a los derivados tóxicos […] en el agua que utilizan para beber y bañarse, en el aire que respiran y en el suelo que cultivan con el fin de obtener alimentos".[73]

También la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha observado que el derecho a un medio ambiente sano es un corolario del

---

68 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, Washington, 1997, p. 88.

69 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Villagrán Morales y Otros (Caso de los "Niños de la Calle"), sentencia del 19 de noviembre de 1999, serie C, núm. 63, párrafo 144.

70 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras, sentencia del 29 de julio de 1988, párrafo 164.

71 *Idem*.

72 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador…, *cit.*, p. 88.

73 *Ibidem*, pp. 89 y 90.

derecho a la vida,[74] y ha afirmado la interrelación entre el derecho a la salud y un medio ambiente sano.[75]

Esta relación al vínculo de la tutela ambiental con la de los derechos humanos, se ha planteado por la misma CIJ:

> La protección del medio ambiente es asimismo una parte vital de la doctrina contemporánea de derechos humanos, pues es un *sine qua non* para numerosos derechos humanos, como es el derecho a la salud y el derecho a la vida. Es escasamente necesario elaborar sobre esto, ya que el daño al medio ambiente puede perjudicar y debilitar todos los derechos humanos en la Declaración Universal y otros instrumentos de derechos humanos.[76]

De manera que todo acto u omisión del Estado que violente la garantía de protección del derecho a un medio ambiente sano da lugar a la configuración de la responsabilidad del Estado por hecho ilícito.

VI. Reflexiones finales

El reconocimiento constitucional del derecho humano a un medio ambiente sano constituye uno de los grandes logros del constitucionalismo contemporáneo; no obstante, resulta imperativo trabajar en la concreción de su contenido a efecto de contar con elementos que permitan verificar con mucho mayor objetividad la garantía y cumplimiento del mismo, de lo contrario se estará siempre dependiendo de elementos subjetivos que subyacen en el ejercicio hermenéutico del Poder Judicial.

La reforma constitucional en materia de derechos humanos marca los límites de actuación de los tres poderes de la unión y en todos los niveles de gobierno; de manera que ante la colisión de derechos (al desarrollo *vs.* a un medio ambiente sano); deberá estarse al criterio interpretativo: *pro homine*,

[74] Cançado Trindade, A., "The Contribution of International Human Rights Law to Environmental Protection, with Special Reference to Global Environmental Change", en Brown Weiss, E (ed.), *Environmental Change and International Law: New challenges and dimensions*, Tokio, United Nations University Press 1992, p. 274.

[75] *Ibidem*, pp. 281-282.

[76] Judge Weeramantry, Separate Opinion, Gabcikovo-Nagymaros Dam, ICJ. 25 de septiembre de 1997, ICJ Reports 1997, 111 núm. 78. "The protection of the environment is likewise a vital part of contemporary Human Rights doctrine, for it is a sine qua non for numerous Human Rights, such as the right to health and the right to life itself. It is scarcely necessary to elaborate on this, as damage to the environment can impair and undermine all the Human Rights spoken of in the Universal Declaration and other Human Rights instruments".

que busca la protección más amplia de las personas, para el caso que nos ocupa, de la persona humana.

El derecho humano a un medio ambiente sano desde la visión de la garantía de protección a cargo del Estado, implica el despliegue de una serie de acciones que deben apuntalarse en el principio preventivo, como herramienta para evitar el daño ambiental y, por ende, afectaciones a la salud y a la vida misma, derechos interdependientes de aquél, cuya relación ha sido reconocida por diversos instrumentos vinculantes y declarativos del sistema internacional de los derechos humanos.

El avance del desarrollo neoliberal plantea nuevos retos a los Estados, tratándose de México, parecen darse rutas paralelas cuya sinuosidad podría dar lugar a la configuración de la responsabilidad internacional por hecho ilícito, ya que mientras por un lado se amplía el catálogo de protección de los derechos humanos, por el otro se hace nugatorio su ejercicio al desarrollar una normativa secundaria, como la reforma en materia energética, que posibilita el aprovechamiento de los recursos naturales sin criterios de preferencia y sustentabilidad, al margen de todo ejercicio democrático de participación, consulta y reparto equitativo de beneficios.

La materialización del derecho humano a un medio ambiente sano es tarea fundamental de todos los ciudadanos y autoridades del mundo, pues es premisa para el desarrollo de la vida misma en condiciones de dignidad, característica incuestionable del paradigma del desarrollo sustentable, equitativo e incluyente, que considere y respete los derechos de todas las personas, tanto en lo individual como en lo colectivo.

VII. Bibliografía

AGO, Roberto, "Third Report on State Responsibility. Special Rapporteur; The Internationally Wrongful Act of the State, Source of International Responsibility", en United Nations, *Yearbook of The International Law Commission*, 1971, vol. II, Part One: Documents of the twenty-third session: Reports of the Special Rapporteurs and report of the Commission to The General Assembly, Nueva York, Document A/CN.4/246 and Add.1-3, 1973.

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2001.

ANGLÉS Hernández, M., "Denuncia Popular, ¿Ejercicio de la participación pública en la protección ambiental?", *Lex-Difusión y Análisis*, México, núm. 120, junio de 2005.

———, "El derecho al desarrollo y a los recursos naturales de los pueblos originarios de México en un contexto de discriminación y exclusión", *Sin derechos. Exclusión y discriminación en el México actual*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

BACIGALUPO, E., "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", *Revista del Derecho Industrial*, Buenos Aires, año 8, núm. 23, mayo-agosto, 1986.

BEDJAOUI, M., "The Right to Development", en Bedjaoui, M. (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Paris, UNESCO, 1991.

BOYLE, A., "The Role of International Human Rights Law in Protection of the Environment", en Boyle, A. y Anderson, M. R., (eds.), *Human Rights Approaches to Environmental Protection*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

BRAÑES, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, 2a. ed., México, Fundación Mexicana para la Educación Ambiental-Fondo de Cultura Económica, 2000.

CALLE, Humberto de la (coord.), *Carta Democrática Interamericana. Documentos e interpretaciones*, Washington, Organización de los Estados Americanos, 2003.

CANÇADO Trindade, A., "The Contribution of International Human Rights Law to Environmental Protection, with Special Reference to Global Environmental Change", en Brown Weiss, E. (ed.), *Environmental Change and International Law: New Challenges and Dimensions,* Tokio, United Nations University Press, 1992.

CARAVITA, B., *Diritto pubblico dell'ambiente*, Bologna, Il Mulino, 1990.

CARMONA Lara, María del Carmen, *Derechos en relación con el medio ambiente*, 2a. ed., México, UNAM-Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, 2002.

———, *Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Medio Ambiente, comentarios y concordancias*, México, PROFEPA-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

CASTRO y Castro, J. V., "Proposición de gran reforma procesal en México", *Revista Judicial*, México, núm. 4, julio-diciembre de 2004.

CERD, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. México, Naciones Unidas, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 9 de marzo de 2012.

COLLIARD, Claude-Albert, "L'adoption par l'Assemblée Générale de la Declaration sur le Droit au Développement (4 décembre 1986)", *Annuaire Français de Droit International*, Paris, vol. XXXIII, 1987.

COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, Discurso del presidente ante el Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, Washington, 6 de febrero de 1995.

———, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1995, OEA/Ser.L/V/II.91, Doc 7 rev., Washington, 28 de febrero 1996.

———, Informe No. 3/98, Caso 11.221, Tarcisio Medina Charry (Colom), Washington, 7 de abril de 1998.

———, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, Washington, 1997.

CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917, párrafo adicionado el 28 de junio de 1999 y reformado el 8 de febrero de 2012.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos, caso Familia Barrios *vs.* Venezuela. Fondo, reparaciones y costas, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sentencia de 24 de noviembre de 2011, párrafo 124.

———, caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras. Fondo, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de julio de 1988, párrafo 172.

———, caso Villagrán Morales y Otros (Caso de los "Niños de la Calle"), sentencia del 19 de noviembre de 1999 (Ser. C) núm. 63, párrafo 144.

———, *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (artículos. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos),* Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993, serie A, núm. 13, 1993, párrafos 26-27.

DA Silva, J. A., *Direito ambiental constitucional*, Brasil, Malheiros Editores, 1994.

DECLARACIÓN de Johannesburgo sobre el Desarrollo Sostenible, disponible en: *http://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/Spanish/WSSDsp_PD.htm.*

EXAMEN de los nuevos acontecimientos ocurridos en las esferas de que se ha ocupado la Subcomisión: los derechos humanos y el medio ambiente, Informe final de la relatora especial, Sra. Fatma Zohra Ksentini, Nueva York, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, 1994, Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1994/9, Anexo I.

FERNÁNDEZ García, María Y., "El concepto jurídico indeterminado de 'servicio esencial' en la Constitución Española", *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 170, mayo-agosto, 2006.

FERRER Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en

Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

FUENTES Torrijo, X., "Los Resultados de la Cumbre de Johannesburgo", *Estudios Internacionales*, Santiago, año XXXVI, núm. 140, enero-marzo, 2003.

GABCIKOVO-NAGYMAROS Project, Hungary *vs.* Slovakia, Separate Opinion of VicePresident Weeramantry, La Haya, International Court of Justice, 1997.

GARCÍA de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas-Thomson, 2005, T. I.

———, "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *Revista Española de Derecho Administrativo,* núm. 89, 1996.

———, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3a. ed., reimpr., Madrid, Civitas, 1991.

GARCÍA Pelayo, Manuel, *Derecho constitucional comparado*, Caracas, Fundación Manuel García-Pelayo, 2002.

GOBIERNO de Chile, Comisión Nacional del Medio Ambiente, Ley 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente", en *http://www.conama.cl/rm/568/article-931.html.*

GÓMEZ Isa, Felipe, "Los pueblos indígenas como sujetos del derecho al desarrollo", en Berraondo, Mikel (coord.), *Pueblos indígenas y derechos humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2006.

IGARTUA Salaverría, J., "Principio de legalidad, conceptos indeterminados y discrecionalidad administrativa", *Revista Española de Derecho Administrativo*, Madrid, núm. 92, 1996, p. 547.

———"El indeterminado concepto de 'los conceptos indeterminados'", *Revista Vasca de Administración Pública*, Oñate, núm. 56, enero-abril, 2000.

INFORME de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994, Nueva York, Naciones Unidas, 1995, A/CONF.171/13.

JORDANO Fraga, Jesús, *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1995.

JUDGE Weeramantry, Separate Opinion, Gabcikovo-Nagymaros Dam, ICJ. Sept. 25 1997, ICJ Reports 1997, 111, núm. 78.

JURISPRUDENCIA Constitucional, "STC 102/1995, de 26 de junio", en *http://www.tribunalconstitucional.es/JC.htm.*

KISS, A., "El derecho al medio ambiente de Estocolmo a Sofía", *Persona y derecho, Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos*, Pamplona, núm. 6, 1996.

LOPERENA Rota, Demetrio, *El derecho al medio ambiente adecuado*, Madrid, Civitas, 1998.

LÓPEZ Bárcenas, Francisco, "El derecho de los pueblos indígenas al desarrollo", *http://www.lopezbarcenas.org/ensayos.*

MACLEAN, Roberto G., "Reformar la justicia: ¿de qué se trata?", en Pásara, Luis (comp.), *En busca de una justicia distinta. Experiencias de reforma en América Latina*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004

MARTÍN Mateo, Ramón, *Tratado de derecho ambiental*, Madrid, Trivium, 1991, vol. I.

MEIER, E., "El derecho administrativo y la protección del entorno físico y social en Venezuela", *Revista de la Facultad de Derecho Andrés Bello*, Caracas, núm. 20, 1974-1975.

NACIONES Unidas, Asamblea General, Responsabilidad de los Estados por actos internacionalmente ilícitos, A/RES/56/83, Nueva York, 28 de enero de 2002.

NIETO García, A., "La administración sirve con objetividad los intereses generales", en Martín-Retortillo Baquer, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, T. III.

OIT, *Convenio Número 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales: un manual*, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo, 2003.

ORGANIZACIÓN de los Estados Americanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1990-1991, Washington, CIDH, 1991, OEA/Ser.L/V/II, 79 Rev.1doc.12.

ORTEGA Álvarez, Luis (dir.), *Lecciones de derecho del medio ambiente,* Valladolid, Lex Nova, 2000.

PERMANENT Court of International Justice, *Treatment of Polish Nationals and Other Persons of Polish Origin or Speech in the Danzig Territory, Advisory Opinion*, A. W. Sijthoff's Publishing Company, Leyden, 1932, Fascicule 44.

REAL Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 22a. ed., Madrid, Espasa, 2001, T.II y T. VIII.

REVENGA Sánchez, M., "Sobre (viejos) modelos de justicia constitucional y creación de (nuevos) derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 64, enero-abril, 2002.

SÁINZ Moreno, Fernando, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa,* Madrid, Civitas, 1976.

TAPIA Hernández, S. (comp.), *Principales declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos ratificados por México*, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1999.

Tesis

A. MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR. CONCEPTO, REGULACIÓN Y CONCRECIÓN DE ESA GARANTÍA, Tesis aislada I.4o.A.447, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXI, enero de 2005, p. 1799.

A. DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA EL DESARROLLO Y BIENESTAR. ASPECTOS EN QUE SE DESARROLLA, Tesis aislada I.4o.A.569, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, t. XXV, marzo de 2007, p. 1665.

DIGNIDAD HUMANA. SU NATURALEZA Y CONCEPTO, Tesis I.5o.C. J/31, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, t. 3, octubre de 2011.

EL ARTÍCULO 2o. CONSTITUCIONAL ¿PREVALENCIA DE LA JUSTICIA INACCESIBLE PARA LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN MÉXICO?

Juan Jesús GÓNGORA MAAS*

SUMARIO. I. *Introducción.* II. *Los derechos de los pueblos indígenas a través de las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la época contemporánea.* III. *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho territorial indígena*. IV. *Conclusión*: *¿existe una prevalencia de la justicia inaccesible para los derechos territoriales de los pueblos indígenas en México?*

> Cada vez que la justicia es inaccesible, el resultado es la injusticia
>
> Modibo OCRON

I. INTRODUCCIÓN

América Latina vive en una realidad muy difícil: grandes niveles de marginación y pobreza. El panorama de la región apunta a que existen grandes brechas de desigualdad entre sectores de la población. Pese a que desde 1948 se han construido puentes para salvaguardar la dignidad del ser humano, la

* Abogado por la Universidad Autónoma de Yucatán. Asistente de investigación en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México e investigador asociado al Centro de Estudios en Derechos Humanos "Felipe Carrillo Puerto" de la Universidad Autónoma de Yucatán. Estudiante del Máster "La Protección Constitucional y en el Sistema Interamericano de los Derechos Fundamentales", impartido por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y la Universidad Complutense de Madrid.

perspectiva indígena en México, y en el mundo, es muy desoladora; la evolución normativa se ha rezagado, en lo que se refiere a los derechos de grupos étnicos y minoritarios, y la protección especial que reclaman, no es una cuestión de buenas prácticas estatales, sino una obligación que le corresponde a la nación. De esta forma, uno de los principales derechos a los que aún se tiene renuencia de tutelar son los que tienen incidencia directa con las tierras que, ancestralmente, servían como base de su cultura.

En la historia de la humanidad, la propiedad, se ha regido por la premisa de *lo tuyo y lo mío;* sin embargo, el concepto actual de propiedad, viene anclado en el concepto de "derecho y desarrollo", concepto que nació en los años sesenta como correlato a la primera teoría sobre el desarrollo: la modernización de las naciones.[1] Así, muchos pueblos que originalmente tenían la propiedad ancestral, por procesos de colonización, conquista y, en visiones más románticas de desarrollo, han tenido que perder parte de su identidad como pueblos al ser despojados dichos territorios. En la materia de los derechos de los pueblos indígenas en México, la interpretación del artículo 2o. constitucional se ha quedado muy limitada; en este contexto, las luchas indígenas de las últimas décadas en México —y en general en América Latina— se encuentran marcadas por los nuevos rumbos que el imperialismo capitalista ha tomado, para entrar en una nueva fase económica que diversos analistas denominan acumulación por desposesión.[2]

En este entendido, la propiedad de la tierra de los pueblos indígenas puede manifestarse en cualquiera de los regímenes reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las diversas leyes que la regulan, particularmente la Ley Agraria. Así podemos encontrar tierras ejidales, comunales, terrenos nacionales (terrenos nacionales y baldíos) y pequeña propiedad. De estas formas de propiedad, la que predomina es la propiedad ejidal, pues 8 de cada 10 núcleos agrarios con población indígena son ejidos y sólo dos, comunidades.[3]

La importancia de la población indígena va más allá de su expresión demográfica, ya que los pueblos indígenas representan aproximadamente 10% de la población nacional; en cambio, participan en 22.9% de los ejidos

---

1 *Cfr.* Merryman, J. *Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style, Decline and Revival of the Law and Development Movement*, The American Journal of Comparative Law, vol. 25, 1997, p. 457.

2 Véase Harvey, David, *El nuevo imperialismo*, Madrid, Akal, 2004; Hinkelammert, Franz y Duchrow Ilrich, *La vida o el capital. Alternativas a la dictadura global de la propiedad*, México, Driada, 2004.

3 López Bárcenas, Francisco, *Tierras y territorios indígenas*, p. 292. Disponible en *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3171/15.pdf.*

y comunidades del país. En síntesis, como propietarios de la tierra y de ciertos recursos naturales tienen una importancia relativa mayor que aquella referida sólo a la población. En la relación con la tenencia de la tierra, los núcleos agrarios con población indígena tienen una importante presencia en el ámbito nacional.[4]

De acuerdo con Miguel Bartolomé:

> Para los pueblos indígenas en México la tierra es el elemento fundamental dentro del cual se inscribe la identidad colectiva, no representa sólo una especial adaptación productiva, sino también una compleja relación simbólica. La tierra es cultura en la medida en que ofrece un marco propicio para las relaciones productivas y simbólicas de la sociedad, incluso, ya que el territorio es el resultado de la articulación entre la población y su espacio, puede llegar a ser movible si la población se desplaza".[5]

Sin embargo, la propiedad indígena no siempre ha sido reconocida por la Constitución mexicana y, actualmente presenta diversas deficiencias bajo el nuevo esquema supranacional en el que se encuentra inmerso nuestro país.

II. Los derechos de los pueblos indígenas a través de las Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la época contemporánea

1. *Adición del artículo 4o. constitucional en 1992*

En enero de 1992, después de casi 170 años de independencia y 75 años del Constituyente de Querétaro, nuestro país incorporó a su Constitución algunos derechos indígenas; esto por sí mismo representó un avance, pero no terminó con el retroceso, ya que el contenido material específico de la reforma no incluyó dos elementos fundamentales: la libre determinación y autonomía. La reforma del artículo 4o. constitucional puede verse como el resultado de diversos factores que operaron en la modificación constitucional, unos de carácter internacional, como los tratados y otros de índole interno, como el

[4] López Bárcenas, Francisco, "Pueblos indígenas y megaproyectos: las nuevas líneas del despojo", en revista electrónica *Contralínea*, octubre de 2012. *http://contralinea.info/.php/2012/10/21/pueblos-indigenas-megaproyectos-las-nuevas-rutas-del-despojo archivo-revista/index/.*

[5] Bartolomé, Miguel Alberto, *Gente de costumbre y gente de razón: las identidades étnicas en México*, México, Siglo XXI-Instituto Nacional Indigenista, 1997, pp. 86 y 87.

movimiento Zapatista de Liberación Nacional[6] que desde 1986 empezaba a gestarse en nuestro país.

El primer párrafo del entonces nuevo artículo 4o. constitucional se integraba de tres elementos:

> 1. La nación mexicana tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en los pueblos indígenas. *2.* La ley protegerá y promoverá el desarrollo de sus lenguas, culturas, usos y costumbres, recursos y formas específicas de organización social y garantizará a sus integrantes el efectivo uso a la jurisdicción del Estado. *3*. En los juicios y procedimientos agrarios en aquellos casos en que [los integrantes de los pueblos indígenas] sean parte, se tomarán en cuenta sus prácticas y costumbres jurídicas en los términos que establezca la ley.[7]

Sobre esta misma materia, existe otra disposición normativa contenida en el artículo 27, fracción VII, párrafo segundo, de la propia Constitución federal, donde textualmente expresaba, y que también actualmente expresa, que "[l]a ley protegerá las tierras de los grupos indígenas". Se trata, pues de una norma introducida en el cuerpo de la Constitución en las reformas estructurales al marco jurídico en 1992, cuyo contenido se ha quedado sin posibilidad de ejercitarse porque no expresó, ni ha expresado, en qué consistiría la protección especial de las tierras de los grupos indígenas y la Ley Agraria lo reservó para reglamentarlo en el futuro, al introducir en su artículo 106, una disposición donde se expresa que "las tierras que correspondan a los grupos indígenas deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos de la ley que reglamente el artículo 4o. y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 constitucional".[8]

Si bien esta reforma reivindicó a la población indígena como sustento cultural de la composición pluricultural de la nación mexicana, en la parte correspondiente a los derechos específicos que la Constitución reconocía a los pueblos indígenas e integrantes se había quedado corta. Tampoco se logró superar el tinte proteccionista que ya había dejado atrás la legislación internacional.

---

6 Rabasa Gamboa, Emilio, *Derecho constitucional indígena*, México, Porrúa, 2002, p. 84.

7 *Ibidem*, p. 86.

8 Cabe hacer mención que después de la reforma de 2001 en materia indígena no existe una armonización legislativa, entre el nuevo texto constitucional y la Ley Agraria, pues aún en ella se contempla el artículo 4o. constitucional y no el 2o. como el que contiene y expresa los derechos de los pueblos indígenas.

Sin embargo, con el levantamiento del Ejercito Zapatista de Liberación Nacional el 1o. de enero 1994, se dejó entrever que la reforma de 1992 había fracasado al tratar de tutelar los derechos de los pueblos indígenas en nuestro país en el artículo 4o. constitucional. Así, el diálogo llevado a cabo entre el gobierno y el movimiento zapatista se vio materializado en los Acuerdos de San Andrés, firmados el 16 de febrero de 1996, que a grandes rasgos fue el compromiso asumido por nuestro país en materia indígena, de legislar de una mejor manera los derechos humanos de los pueblos indígenas de acuerdo a la normativa internacional.[9] A partir de esos acuerdos, la Comisión de Concordia y Pacificación (Cocopa) presentó una propuesta de reforma constitucional, que no fue aceptada por el gobierno federal, pero que derivaría en la reforma en materia indígena en 2001.

2. *El artículo 2o. constitucional de la reforma de 2001*

Para 2001 habían transcurrido nueve años desde que se reformó la Constitución, por primera vez en materia indígena, para insertar el reconocimiento de la composición pluricultural de la nación mexicana sustentada originalmente en los pueblos indígenas.[10] Esta nueva reforma, trataba de reconocer, a los pueblos indígenas como parte de la nación y sus derechos colectivos. En otras palabras, no se trataba de un proceso de reformar una ley que otorgara más derechos individuales a las personas que pertenecen a un pueblo indígena, sino de reconocer sujetos de derechos, con derechos específicos.[11]

La nueva reforma constitucional abarcó la adición de un segundo y tercer párrafo al artículo 1o., la modificación en su integridad del artículo 2o., la derogación del primer párrafo del artículo 4o., la adición de un sexto párrafo al artículo 18 y un último párrafo a la fracción III del artículo 115.

---

9 *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón *et al.*, *Derechos y cultura indígena, los dilemas del debate jurídico*, México, Porrúa, 1998, pp. 19-21.

10 *Cfr.* Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, "El artículo 2o. constitucional ¿pluralismo jurídico en México?", en Carpizo, Jorge y Astudillo, César, *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional, 2013, p. 633.

11 López Bárcenas, Francisco, *Legislación y derechos indígenas en México*, Centro de Estudios para el Desarrollo Rural Sustentable y la Soberanía Alimentaria, Colección Legislación y Desarrollo Rural, 3a. ed., México, 2009, p. 51 y Hernández, María del Pilar, "México, las reformas constitucionales de 1992", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XXVI, núm. 76, enero-abril 1993.

A estos artículos hay que agregar el artículo 27, fracción VII, párrafo segundo, que ya se había adicionado en la reforma de 1992.[12]

En lo relativo al artículo 2o. estableció el principio de unicidad e indivisibilidad de la nación mexicana como premisa de la composición pluricultural,[13] se concentró toda la materia indígena en un solo apartado que antes lo compartía con otros temas y lo estructuró en dos partes: el primero incluye todo lo relativo a la autonomía y la libre determinación, y el segundo las responsabilidades del Estado mexicano para mejorar las condiciones de vida social y económica de las etnias que habitan en el territorio nacional.

En este contexto de reformas surgió la Controversia Constitucional 365/2001, promovida por el municipio de Santiago Juxtlahuaca en Oaxaca,[14] el cual sostenía que promovían el amparo, contra la Reforma Constitucional en materia indígena publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el martes 14 de agosto del 2001, al considerar que:

> PRIMERO. No existe en todo el texto de los artículos sobre los que ha recaído la correspondiente Reforma Constitucional, en materia de Derecho Indígena, ningún dispositivo Constitucional que haga mención, en el sentido SE LES RECONOCE A LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS DISPERSOS A LO LARGO Y ANCHO DEL TERRITORIO NACIONAL Y QUE YA HABITABAN DESDE LA CONQUISTA POR LOS ESPAÑOLES EN EL AÑO DE 1521 SU DERECHO A LA LIBRE DETERMINACIÓN Y AUTONOMÍA, DENTRO DE LOS MÁRGENES DE LA PROPIA CONSTITUCIÓN GENERAL DE LA REPÚBLICA QUE SE REFORMÓ, COMO SUJETOS DE DERECHO PÚBLICO Y NO ÚNICAMENTE COMO SUJETOS

[12] *Idem.*

[13] El pluralismo jurídico designa la posibilidad de más de una realidad y múltiples formas de acción práctica y diferenciaciones sociales en el ámbito del derecho. De ahí que la interculturalidad, entendida como la igualdad de culturas dentro de una nación, encuentren esta igualdad en el intercambio de recursos materiales y simbólicos de su propia cultura con la de "otros" para que se interrelacionen en condiciones de apertura plena, para que puedan reconocerse y ser reconocidas como distintas. Además, el concepto de nación evoca la unificación de pueblos, de esta forma rompe con la *pluriculturalidad de país.* Evidentemente esta igualdad cultural es una falacia en México, pues basta estudiar el presupuesto que la nación destina para el mejoramiento de las condiciones en las cuales las poblaciones indígenas se encuentran; el bajo presupuesto más que reconocer e incluir, excluye y extermina usos y costumbres. Véase Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, *op. cit.*

[14] En su momento, autoridades indígenas de poco más de 300 municipios de los Estados de Puebla, Veracruz, Guerrero, Chiapas, Oaxaca, Jalisco, Michoacán y Morelos interpusieron controversias constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que en 2002 fueron desechadas por improcedentes. Puede consultarse la versión estenográfica de la sesión pública del 6 de septiembre en: *http//:www.scjn.gob.mx/SiteCollectionDocuments/PortalSCJN/ActividadJur/Pleno/VerEstenograficas/2002/Septiembre/PL020906.pdf* .

De interés social. Con lo cual se condena a nuestros Pueblos a continuar bajo la subordinación y discriminación que ha soportado por más de quinientos años; tomando en cuenta que el Municipio de Santiago Juxtlahuaca, Oaxaca, México, está compuesto por una población multicultural, principalmente de raza Mixteca y raza Triqui, cada una de las cuales tienen patrones propios y bien definidos de organización Social, Económica y Política, por lo que en tal virtud, las reformas hechas a los diferentes Artículos de la Constitución General de la República que han sido reformadas mediante el Decreto que se combate, son atentatorios de las mismas garantías individuales que a otros estratos sociales protege la Constitución General de la República.[15]

En este panorama, y pese a los esfuerzos de las comunidades que habían manifestado su inconformidad con la reforma indígena, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó, en el Amparo en revisión 123/2002,[16]

[15] Controversia constitucional. SCJN, Pleno, 6 de septiembre de 2002, 365/2001.

[16] Reforma constitucional en materia de derechos de los indígenas. Carece de interés jurídico una comunidad indígena para reclamar en juicio de amparo el proceso relativo. El interés jurídico para promover el juicio de amparo en contra de un proceso de reformas a la Constitución Federal, debe derivar directamente de los efectos que produzca en la esfera jurídica del quejoso la vigencia de los nuevos preceptos, al ser éstos los que pueden producirle un menoscabo. En ese sentido, cabe concluir que el juicio de garantías promovido por una comunidad indígena en contra del referido proceso en materia de derechos de los indígenas es improcedente, al no surtirse el presupuesto de afectación a su interés, pues en los artículos constitucionales reformados se prevé una serie de derechos en su favor, como garantías mínimas que deben cumplirse, así como de acciones y obligaciones que deben ser realizadas por la Federación, los Estados y los Municipios, en sus respectivos ámbitos de competencia, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas, eliminar prácticas discriminatorias, asegurar la vigencia de sus derechos, promover su desarrollo integral y abatir las carencias y rezagos que padecen, lo que lejos de perjudicarlos los beneficia, por lo que el perjuicio relativo no puede derivar de la manera en que el Órgano Reformador de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos decidió proteger a la población indígena, toda vez que el Constituyente estableció la posibilidad de adicionar o reformar la propia Ley Fundamental a través de las instituciones representativas de la voluntad de la Nación mexicana, sin dar intervención directa al pueblo, esto es, no se prevé medio de defensa alguno para impugnar el contenido de una modificación constitucional, ya que ello atentaría contra el sistema establecido. Asimismo, la falta de interés jurídico queda evidenciada con el hecho de que ante una hipotética sentencia que otorgara la protección constitucional contra el proceso de reforma constitucional en materia indígena, se ocasionarían perjuicios a la comunidad indígena quejosa en vez de beneficios, ya que no le serían aplicables las normas constitucionales que establecen derechos en su favor, pues en atención al principio de relatividad que rige las sentencias de amparo, en términos de lo dispuesto en los artículos 107, fracción II, de la Constitución Federal y 76 de la Ley de Amparo, sus efectos no podrían ser los de obligar al Órgano Reformador de la Constitución a reponer el proceso de reformas a la propia Carta Magna, porque con ello se darían efectos generales a la ejecutoria, en contravención al principio aludido. Amparo en revisión 123/2002. Comunidad Indígena de Zirahuén, Municipio de Salvador Escalante, Michoacán, 4 de octubre

que la controversia constitucional no procedía contra del proceso de reformas y adiciones a la Constitución, que establece el artículo 135 de la Constitución federal, por virtud de que el artículo 105 del mismo ordenamiento, no prevé entre los sujetos que pueden ser parte en una controversia al órgano reformador que lleva a cabo ese procedimiento ni tampoco los actos que realiza, por lo que no pueden ser revisados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.[17]

---

de 2002, Tesis 2a. CXLI/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Novena Época t. XVI, noviembre de 2002, p. 455.

[17] La Suprema Corte de Justicia de la Nación fundamentó su decisión en los siguientes criterios derivados de la Controversia Constitucional 82/2001 del Ayuntamiento de san Pedro Quiatoní, en Oaxaca el 6 de septiembre de 2002: PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL. De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las legislaturas estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las legislaturas locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía y en la Tesis: P./J. 39/2002, Novena Época, SCJN, Pleno, t. XVI, septiembre de 2002; Jurisprudencia Constitucional, p. 1136. CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL ES IMPROCEDENTE PARA IMPUGNAR EL PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. De lo dispuesto por el artículo 105, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y de las diversas exposiciones de motivos y dictámenes relativos a las reformas a este precepto constitucional, se desprende que la tutela jurídica de la controversia constitucional es la protección del ámbito de atribuciones de los órganos del Estado que derivan del sistema federal (federación, estados, municipios y Distrito Federal) y del principio de división de poderes a que se refieren los artículos 40, 41, 49, 115, 116 y 122 de la propia Constitución, con motivo de sus actos o disposiciones generales que estén en conflicto o contraríen a la Norma Fundamental, lo cual se encuentra referido a los actos en estricto sentido y a las leyes ordinarias y reglamentos, ya sean federales, locales o municipales, e inclusive tratados internacionales. De lo anterior deriva que el citado precepto constitucional no contempla dentro de los órganos, poderes o entidades que pueden ser parte dentro de una controversia constitucional, al Órgano Reformador de la Constitución previsto en el artículo 135 del mismo ordenamiento, pues no se trata de un órgano de igual naturaleza que aquellos en quienes se confían las funciones de gobierno; además de que se integra por órganos de carácter federal y locales, es a quien corresponde, en forma exclusiva, por así disponerlo la Constitución federal, acordar las reformas y adiciones a ésta, y de ahí establecer las atribuciones y competencias de los órganos de gobierno, sin que tampoco, al referirse el citado artículo 105, fracción I, a "disposiciones generales" comprenda

Pese a lo anterior, resultan preocupantes algunas cuestiones de la reforma al artículo 2o. constitucional. Una primera cuestión lo constituye el párrafo cuarto de dicho artículo al expresar que "[s]on comunidades integrantes de un pueblo indígena, aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres". Es decir, identifica a las comunidades[18] como las que "conforman los pueblos indígenas" y "aquellas que forman una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres". No obstante, en palabras de Francisco López Bárcenas, reconocerles personalidad jurídica similar a ambas puede llevar a situaciones donde las comunidades se nieguen a formar parte de los pueblos y entonces éstos queden desmembrados o, en el mejor de los casos, divididos y sin poder reconstruirse. Lo mejor hubiera sido dotar al primero de la titularidad del derecho y a la segunda como sujeto de derecho público a partir del cual se ejerce el derecho, pero como parte integrante de aquél. Así, las facultades de las comunidades serían delegadas por el pueblo indígena al que perteneciera.[19]

las normas constitucionales. Tesis P./J., 40/2002, SCJN, Pleno, t. XVI, septiembre de 2002, Novena Época, p. 997.

[18] México se ha adaptado al criterio internacionalmente reconocido, el cual tiene su fuente en el Convenio núm. 169 de la OIT que versa precisamente sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, el cual en su artículo 1.1.b dispone que el tratado se aplicará: [a] los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país, en la época de la conquista o la colonización o en el establecimiento de las actuales fronteras estatales, y que cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Por el contrario, un pueblo tribal es "un pueblo que no es indígena a la región [que habita] pero que comparte características similares con los pueblos indígenas, como tener tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de otras secciones de la comunidad nacional, identificarse con sus territorios ancestrales y estar regulados, al menos en forma parcial, por sus propias normas, costumbres o tradiciones". Esta definición concuerda con lo establecido en el artículo 1.1.(a) del Convenio 169 de la OIT. Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007, Serie C, núm. 172, párrafo 79.

[19] López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 55 y *Cfr.* Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, *op. cit*., p. 640. Estos dos últimos autores apuntan que la iniciativa de Cocopa reconocía en el articulo 115 la pertenencia de las comunidades a los pueblos indígenas. En la Reforma llevada a cabo por el Senado las comunidades son las unidades integrantes de los pueblos, en las que se conservan los usos y costumbres. Pero abren una interrogante: ¿qué pasa con las comunidades que han tenido que emigrar por necesidad económica a otras partes del país? ¿Por este fenómeno dejan de integrar un pueblo indígena?

Además de los pueblos y comunidades indígenas, el último párrafo del artículo 2o. reconoce que "sin perjuicio de los derechos aquí establecidos a favor de los indígenas, sus comunidades y pueblos, toda comunidad equiparable a aquéllos tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley". Nuevamente López Bárcenas advierte que la redacción y el propósito de la norma son poco afortunados, pues de la misma manera que [los derechos humanos] previstos en la Constitución son para todos los gobernados, no pueden ser concebidos como favores que se hace a éstos, los "derechos" reconocidos en la Constitución Federal deben considerarse prerrogativas mínimas que los pueblos indígenas necesitan para existir como tales, desarrollarse y que sus miembros gocen de todos los derechos reconocidos a todos los mexicanos y no favores del Estado hacia ellos. Pero además de eso, no es claro cómo una comunidad que no forma parte de un pueblo indígena podría equipararse a las comunidades indígenas, si lo que las distingue precisamente es su existencia previa a la formación del Estado, continuidad histórica desde la colonización, según prevé la propia Constitución y su autoadscripción a un pueblo indígena. Si una comunidad no reúne estas características no pertenece a un pueblo indígena y no puede gozar de los derechos reconocidos a éstos, pues tampoco podrá equipararse; a menos que se entienda que se les parezca, en cuyo caso la naturaleza colectiva de los derechos reconocidos a los pueblos indígenas se desnaturaliza al reconocer como titular de ellos a quienes no lo son.[20]

Inmediatamente después de la enumeración de los sujetos titulares de derechos, la reforma a la Constitución incorpora el "reconocimiento" de los pueblos indígenas como sujetos de derechos públicos de la siguiente manera "[e]l reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las Constituciones y leyes de las entidades federativas". En esta expresión jurídica la Constitución no reconoce a los pueblos indígenas como sujetos públicos de derechos, pues sólo determina que serán las Constituciones de las entidades federativas que integran el Estado mexicano y su orden jurídico quienes los reconozcan. Lo que hace la Constitución federal es establecer los criterios que deberán tomarse en cuenta para identificar a los pueblos y comunidades indígenas que *podrían ser titulares de derechos* en las Constituciones estatales. pero lo más grave de esta remisión a los estados de la república para que reconozcan a los pueblos indígenas, se encuentra en que estando algunos pueblos asentados en varios estados, mientras no todos legislen de la misma manera, los derechos de un mismo pueblo indígena no serán reconocidos de igual forma, dando lugar a la discriminación que se buscaba

[20] López Bárcenas, Francisco, *op. cit.,* p. 56.

evitar, teniendo pueblos de diversas categorías, de acuerdo a cada entidad federativa donde se encuentren asentados.[21]

Tampoco se puede hacer una interpretación literal de esta disposición, sino sistemática, atendiendo a otras disposiciones constitucionales en la materia. Así, se puede afirmar que al establecer que el derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía y que el reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las Constituciones y leyes de las entidades federativas, lo que la Constitución federal establece es un conjunto o catálogo de derechos que serán regulados por la federación, los estados federales o conjuntamente, dependiendo de la materia que se trate y el reconocimiento o no de los pueblos indígenas corresponde a los estados. De esta forma, mientras los estados no reconozcan la existencia de un pueblo indígena dentro de su territorio, los derechos que se encuentran en la Constitución no podrán ser ejercitados y por tanto no son facultades de los estados legislar sobre éstos derechos. De no ser así, muchos derechos reconocidos en la Constitución federal no podrían hacerse efectivos porque su reglamentación corresponde al Congreso de la Unión, no a las legislaturas de los estados.[22]

Otro derecho al que se hace referencia en la reforma constitucional consiste en "preservar y enriquecer sus lenguas, conocimientos y todos los elementos que constituyan su cultura e identidad". No obstante, se trata de una norma que permite a los pueblos indígenas realizar acciones que mantengan su cosmovisión, pero sin explicar cómo se hará ni establecer ninguna

---

[21] López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 58 y *Cfr.* Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, *op. cit.*, p. 641.

[22] *Ibidem*, pp. 57-59. Además, véase DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. LOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS PUEDEN SER AMPLIADOS POR LAS LEGISLATURAS LOCALES DENTRO DEL MARCO DE AQUELLA. El artículo 1o. de la Constitución federal establece que las garantías que otorgan no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y en las condiciones que ella misma establece, de lo que deriva que ninguna ley segundaria puede limitar las disposiciones constitucionales correspondientes; sin embargo, si son susceptibles de ser ampliadas por el legislador ordinario, ya sea el federal o local, en su reglamentación, al pormenorizar la norma constitucional que prevea el derecho público subjetivo a fin de procurarse su mejor observancia y aplicación. En consecuencia, los congresos locales, al legislar sobre la materia indígena y regular las instituciones relativas, en términos de lo dispuesto en el artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deben hacerlo bajo el criterio de que los que se otorgan en ella a la población indígena son derechos mínimos que deben ser garantizados para respetar su efectividad, pero que pueden ser ampliados para imprimir las características propias que mejor expresen las situaciones y aspiraciones de sus pueblo indígenas, siempre que tal ampliación se realice sin vulnerar el marco constitucional al que dichos derechos se encuentren sujetos. Amparo en revisión 123/2002…, *cit.*, p. 446.

obligación del Estado para lograr tales objetivos. Lo anterior se complica si observamos que el derecho a proteger la cultura, es un concepto bastante ambiguo, sin expresar cómo se concretará la preservación y enriquecimientos de éstas culturas, quedando la disposición en una mera declaración.[23]

Otro aspecto que resulta de especial interés y preocupación, derivado de la reforma de 2001, es que no se incorpora de manera plena la garantía de acceso prioritario al uso y disfrute de los recursos naturales. Así, en la fracción quinta del apartado A de dicho precepto constitucional se establece que mediante de la autonomía los pueblos indígenas tienen el derecho de "conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución". Más que un derecho, esta fracción contiene una obligación para los pueblos y comunidades indígenas. En él se dice que tienen derecho, como parte de su autonomía, a "conservar y mejorar el hábitat y preservar la integridad de sus tierras en los términos establecidos en esta Constitución". Constreñir a una conducta de hacer no puede ser un derecho, además de que es muy confuso qué se puede entender por *hábitat;* pero independientemente de lo que sea, si la conservación de él y de las tierras se hará en los términos de la Constitución, ninguna novedad existe en que se exprese nuevamente, pues bastará con remitirse a aquella disposición donde ya se regula este "derecho", cosa que se podría hacer aún si la reforma constitucional hubiera prescindido de esta norma,[24] es decir las leyes secundarias en la materia.

La sexta fracción del artículo 2o. constitucional no contiene ningún derecho sino condiciones para que puedan ejercer derechos que no se exigen al resto de los mexicanos. En ella se lee que los pueblos y las comunidades indígenas pueden:

> Acceder, con respeto a las formas y modalidades de propiedad y tenencia de la tierra establecidas en esta Constitución y a las leyes de la materia, así como a los derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad, al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan y ocupan las comunidades, salvo aquellos que corresponden a las áreas estratégicas, en términos de esta Constitución. Para estos efectos las comunidades podrán asociarse en términos de ley.

En esta norma no se reconoce ningún derecho porque se refiere a derechos ya reconocidos en la propia Constitución federal. Dice que los pueblos

---

23 López Bárcenas, Francisco, *op. cit.,* p. 64.

24 *Idem*, *cfr.* Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, *op. cit.*, p. 644.

y comunidades indígenas pueden acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de los lugares que habitan u ocupan, lo cual no les estaba prohibido antes de la reforma y podían hacerlo sin violentar el orden jurídico vigente. Sólo que ahora para hacerlo tendrán que cumplir diversas condiciones.[25] Además, la redacción omite el derecho de acceder de *manera colectiva* al uso y disfrute de sus tierras *y territorios.*[26]

La *primera condición* es que lo hagan respetando las formas y modalidades de propiedad de la tierra que, de acuerdo al artículo 27 constitucional, son la propiedad privada, pública (la que pertenece a los órganos del Estado) y social (ejidal y comunal), lo cual es lógico en un Estado de derecho, por lo que resulta un exceso insistir tanto en ello; la *segunda condición* es que se respeten los derechos de terceros y de integrantes de la comunidad que se trate, lo cual también resulta excesivo anotarlo en la Constitución pues son reglas del derecho común contenidas en diversas legislaciones secundarias, con la agravante de que ahora los pueblos indígenas no podrán tener derecho preferente sobre los recursos naturales de los lugares que habitan u ocupan, si existe algún tercero que por cualquier vía, así sea ilegal, haya adquirido algún derecho, aunque fuera precario, sobre las tierras donde se encuentran. Por último, la *tercera condición*, que en realidad es más una restricción para que los indígenas accedan de manera preferente a los recursos naturales de los lugares que habitan es que no podrán hacerlo tratándose de áreas estratégicas.[27]

[25] López Bárcenas, Francisco, *op. cit.*, p. 65. También puede verse en el mismo sentido: Gonzáles Galván, Jorge Alberto, "Las iniciativas de reformas constitucionales en materia indígena en México", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XXXIII, núm. 97, enero-abril 2000.

[26] La omisión del *derecho a acceder de manera colectiva al uso y disfrute de sus tierras y territorios* es un punto central de la crítica hecha por el Ejercito Zapatista de Liberación Nacional. No hay forma de que los pueblos indígenas puedan acceder a la propiedad de la tierra ni a su uso ni a su goce. A partir de la colonización española, les fueron arrebatadas sus tierras y territorios, desplazados y forzados a la servidumbre. La organización de la propiedad privada y tenencia de la tierra no reconoce más derechos que el que ha otorgado el Estado mexicano. Contreras Acevedo, Ramiro y Sánchez Trujillo, María Guadalupe, *op. cit.*, p. 644.

[27] López Bárcenas, Francisco, *op. cit.,* p. 65. El Poder Judicial federal en una interpretación bastante ilógica de esta disposición constitucional, ha expresado en una tesis aislada, que en ella se protegen los derechos territoriales de los pueblos indígenas. La tesis de referencia expresa: DERECHOS DE LOS INDÍGENAS. LA CONSTITUCIÓN FEDERAL RECONOCE EL PRINCIPIO TERRITORIAL DE SUS PUEBLOS Y EL DERECHO PREFERENTE DE LAS COMUNIDADES AL USO Y DISFRUTE DE LOS RECURSOS NATURALES DE LOS LUGARES QUE OCUPAN. El artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformado por el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001, establece como uno de los aspectos de la libre determinación y autonomía de los pueblos y comunidades indígenas, la conservación y el mejoramiento de su hábitat, la preservación de la integridad de sus tierras y el derecho de acceder al uso y disfrute preferente de los recursos naturales de

Sin embargo, el mayor desacierto fue una omisión importante: la reforma no estableció los medios jurisdiccionales para defender los derechos autonómicos en caso de que sean violados por cualquier autoridad y el amparo, que era eminentemente individual, no funcionaba para proteger derechos colectivos.[28]

3. *La reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011*

La pasada reforma del 10 de junio de 2011 fue un parteaguas para poner en marcha un nuevo sistema basado en la internacionalización de la protección de los derechos, al permitir la aplicación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y dotarlos de rango constitucional; estas nuevas modificaciones involucran cambios a la denominación del capítulo I del título primero, denominándolo "De los derechos humanos y

---

los lugares que ocupan, salvo aquellos que correspondan a áreas estratégicas. De lo anterior se advierte que dicho precepto consagra el principio territorial de los pueblos indígenas a reconocer su unidad con los territorios que ocupan y su hábitat, y por tanto, el derecho a su explotación en la forma y modalidad de propiedad y tenencia de la tierra que libremente decidan dentro de los establecidos en la Constitución federal y en las leyes de la materia, en debido respeto a su derecho a decidir su forma interna de organización económica, para lo cual se establece la posibilidad de coordinación y asociación de las comunidades indígenas, dentro del ámbito municipal, lo que, desde luego, debe hacerse en el marco constitucional que exige el respeto a derechos adquiridos por terceros o por integrantes de la comunidad. Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Segunda Sala, t. XVI, noviembre de 2002, p. 445. Amparo en revisión 123/2002…, *cit*.

28 Dicha falta se vio subsanada posteriormente con la reforma de amparo efectuada en el 2013 en la que se agregó el concepto de interés legítimo. Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su libro *Juicio de amparo e interés legítimo* refiere que "es una situación jurídica que se ostenta por relación de la actuación de un tercero y que no supone, a diferencia del derecho subjetivo, una obligación correlativa de dar, hacer o no hacer, exigible de otra persona, pero sí comporta la facultad del interesado de exigir respeto del ordenamiento jurídico y en su caso de exigir una reparación de los perjuicios antijurídicos que se de esa actuación le deriven. En otras palabras, existe interés legítimo [en concreto en el derecho administrativo] cuando una conducta… es susceptible de causar un perjuicio o un beneficio en la situación fáctica del interesado, reconocida o aceptada por el derecho, siendo así que éste no tiene un derecho subjetivo a impedir esa conducta o a imponer otra distinta, ni la contraparte una obligación correlativa, pero sí a reclamar ante los tribunales la observancia de las norma jurídicas cuya infracción pueda perjudicarle. En tal caso el titular del interés legitimo está facultado para intervenir en el procedimiento y para recurrir o actuar como parte en los procesos judiciales, relacionados con el mismo fin de defender una situación de interés". Tron Petit, Jean Claude, INTERÉS LEGÍTIMO, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas y Poder Judicial de la Federación, 2014, p. 711

sus garantías", así como a los artículos 1o., 3o., 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B y 105 fracción II de la Constitución Política,[29] además se establece una figura sumamente novedosa para los juzgadores mexicanos, el control difuso de convencionalidad, los principios *pro persona*, indivisibilidad, universalidad, interdependencia y progresividad de los derechos humanos, la cláusula de interpretación conforme y la prevención, investigación, sanción y reparación de violaciones a los derechos humanos, como obligaciones del Estado mexicano frente a las violaciones de derechos humanos.

Ahora bien, el principio *pro persona* quedó plasmado con la nueva reforma constitucional en el artículo 1o. de nuestra Constitución, expresando en su segundo párrafo "que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; se impone al mismo tiempo la cláusula de interpretación conforme",[30] en respuesta al control de convencionalidad.[31] Así el principio *pro persona* es el criterio que deberá orientar a las autoridades cuando se enfrenten a posibles antinomias o discordancias entre la Constitución y los tratados internacionales en derechos humanos.

La primera vez que nuestro país tuvo un acercamiento directo con el control de convencionalidad fue en el caso Radilla Pacheco *vs.* México, emitido por la Corte Interamericana, en la cual este organismo consideró que:

> 339. [El Tribunal es] consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un "control de convencionalidad" *ex officio* entre las normas

[29] Carmona Tinoco, Jorge Ulises, "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 47.

[30] *Cfr.* Caballero Ochoa, José Luis, "Cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona", en Carbonell, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro, *op. cit.*, p. 119.

[31] El Control de Convencionalidad tiene un carácter difuso, es decir, debe de ser aplicado por todos los jueces nacionales —y por tanto en nuestro caso— federales y locales "a manera de una fuerza expansiva de su jurisprudencia hacia todos los jueces de los estados que han reconocido la jurisdicción". *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *Jurisdicción militar y derechos humanos. El caso Radilla ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 57.

> internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.[32]

Dos de los grandes aportes del caso Radilla en el ordenamiento jurídico mexicano fueron, por una parte, que por primera vez se declaró la inconvencionalidad de normas legislativas (Código de Justicia Militar y El Código Penal Militar) y, por otro lado, representó el primer fallo internacional donde existió una obligación precisa de los jueces mexicanos para aplicar, no sólo los derechos humanos previstos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino ahora, la jurisprudencia convencional del Tribunal Interamericano.[33]

Para 2011, la jurisprudencia convencional de la Corte Interamericana había tenido un avance muy importante y trascendental, que se vio cristalizado en el caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México,[34] ya que la

[32] Corte IDH, caso Radilla Pacheco *vs.* México, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas Sentencia de 23 de noviembre de 2009, serie C, núm. 209, párrafo 339.

[33] *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *op. cit.,* p. 233.

[34] El control de convencionalidad *ex officio* tiene un origen netamente mexicano, surge a raíz de una serie de votos razonados del ex presidente de la Corte IDH, Sergio García Ramírez en casos como Mirna Mack Chang *vs.* Guatemala donde estableció: "No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en juicio y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del control de convencionalidad que trae consigo la jurisdicción de la Corte IDH", en el caso de Tibi *vs.* Ecuador, desarrolló la idea de "Si los tribunales constitucionales controlan la constitucionalidad, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la convencionalidad de estos actos", y por último el caso de Vargas Areco *vs.* Paraguay aludió a que el "[c]ontrol de convencionalidad está fundado en la confrontación entre el hecho realizado y las normas de la Convención Americana". Es hasta el caso de Almonacid Arellano *vs* Chile de 2006 que el pleno de la Corte IDH de manera vinculante habla de un control de carácter difuso dirigido a los jueces de los Estados que ya habían reconocido la jurisdicción de la Corte, encaminándolos a realizar un examen de compatibilidad entre los actos y las normas nacionales y la Convención Americana de Derechos Humanos, sus protocolos y la jurisprudencia de la Corte, sin embargo éste nuevo concepto debía ser solicitado por la parte interesada, ésta posición cambió cuando la Corte eliminó ése carácter de solicitud al juzgador interno y se estableció de oficio en el caso de los Trabajadores Cesados del Congreso *vs.* Perú del mismo año. *Cfr.* Corte IDH, caso Myrna Mack Chang *vs.* Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003, serie C núm., 101, voto razonado Sergio García Ramírez párrafo 56*;* Corte IDH, caso Tibi *vs.* Ecuador, sentencia de 7 de septiembre de 2004, voto razonado Sergio García Ramírez, serie C, núm. 114, párrafo 42; Corte IDH, caso Vargas Areco *vs.* Paraguay, sentencia de 26 de septiembre de 2006, voto razonado Sergio García Ramírez, serie C, núm. 155, párrafo 64; Corte IDH,

Corte amplió su sentido y alcance, al precisar que todos los órganos del Estados se encuentran obligados frente a la Convención Americana, rompiendo de esta manera uno de los supuestos obstáculos de los Estados —México incluido— sobre una pretendida "dificultad" para determinar la competencia de los organismos internos y su alcance ante una sentencia de la Corte IDH o la aplicación de sus criterios jurisprudenciales. De igual manera se precisó que todos los órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles, es decir, todos los jueces con independencia de su adscripción formal al Poder Judicial realicen funciones jurisdiccionales, están obligados a ejercer *ex officio* el control de convencionalidad.[35]

De este modo, el propósito primordial del control de convencionalidad, y también de la cláusula de interpretación conforme, no es y en primer lugar meramente resolver cuestiones de colisión normativa o declarar la invalidez de una norma inconvencional, sino preferentemente la expansión de los derechos y su integración en clave de armonización; desde luego, ejerciendo "una actividad creativa" que haga compatible la norma nacional de cara al parámetro convencional y al preferir las interpretaciones más expansivas, desechar las inconvencionales o las que brinden menor efectividad a la protección de los derechos humanos. De este modo, estamos en un diálogo entre la norma nacional e internacional, mediante la interpretación de disposiciones constitucionales y convencionales, desde el artículo 29.b de la CADH hacia la Constitución mexicana y de manera inversa mediante el artículo 1o., párrafo segundo, constitucional. Así, queda integrado un bloque de convencionalidad —que debe ser observado por los operadores de

---

caso Almonacid Arellano y otros *vs.* Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C, núm. 154 y Corte IDH, caso trabajadores cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros *vs.* Perú), sentencia de 24 de noviembre de 2006, serie C, núm. 158.

[35] Corte IDH, caso Cabrera García y Montiel Flores *vs.* México, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2010, serie C, núm. 220, párrafo 225. En palabras de la Corte IDH: "225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un 'control de convencionalidad', entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

justicia (carácter difuso del control de convencionalidad)—, en relación con la incorporación a un *nuevo bloque de constitucionalidad*, previsto en el nuevo artículo 1o., primer párrafo. Este bloque de constitucionalidad contiene la dimensión de los derechos fundamentales. El control de constitucionalidad debe atender al control de convencionalidad en la medida que la Constitución debe interpretarse de manera armónica con los tratados internacionales y la jurisprudencia internacional. El bloque de constitucionalidad toma en cuenta no sólo la Constitución, en su sentido integral y completo, sino también la interpretación de la CADH y la jurisprudencia interamericana, en el sentido más favorable.[36]

Estas nuevas adaptaciones constitucionales fueron un refuerzo a muchos deberes y obligaciones que ya se encontraban vigentes y que derivaban de los compromisos internacionales adquiridos por nuestro país. Ello no significa demeritar el sistema, por el contrario, es un paso sin el cual no se tendría un progreso significativo en esta área, sin embargo, a pesar de estas nuevas adaptaciones al sistema jurídico mexicano, en materia de protección de derechos humanos, no podemos ignorar la función que el Poder Judicial Federal y la Suprema Corte de Justicia de la Nación han tenido en la interpretación de esta nueva estructura constitucional, que cabe precisar, no sólo repercute en los derechos territoriales indígenas, sino en los derechos de la población en general.

Con la discusión del expediente varios 912/2010, relativo a las acciones que el Poder Judicial debería desplegar para dar cumplimiento a la sentencia del caso Radilla Pacheco, la Suprema Corte de Justicia estableció el "carácter" que la jurisprudencia de la Corte Interamericana tendría dentro del ordenamiento jurídico nacional; así, consideró que todas aquellas decisiones en las cuales el Estado mexicano sea parte demandada, tendrán un carácter de observancia obligatoria y, por otro lado, en los casos en los cuales México no sea la parte demandada, los criterios tendrán un efecto orientador para el juzgador, siempre atendiendo a la interpretación más favorable para la persona. La distinción de estos criterios, en 2013, fueron nuevamente retomados por el Pleno de la Suprema Corte, en la contradicción de tesis 293/2011. En ésta nueva discusión, la Suprema Corte de Justicia, en una decisión bastante ilógica, consideró, por una parte, que toda la jurisprudencia emanada de la Corte Interamericana sería *vinculante* para los juzgadores del país, sea México el Estado demandando o no, pero que siempre que existiera una restricción expresa contenida en la Constitución, se deberá atender a ésta.

---

36 *Cfr. Ibidem,* párrafos 37 y 41.

Finalmente, el Pleno de la Suprema Corte mexicana, estudió el expediente varios 1346/2011, relativo a los casos de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú de la Corte Interamericana, y estimó que para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, estimaba adecuado analizar siempre la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con aquellos que se encuentran dispuestos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o en los tratados que el Estado mexicano celebre y que, por tanto, se comprometió a respetar, en el entendido de que, s*i alguno de los deberes del fallo implica el desconocimiento de una restricción* constitucional, deberá prevalecer ésta en términos de lo determinado por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 293/2011.

Ahora, en lo que respecta al tema que nos ocupa: ¿qué incidencia e importancia tienen estas interpretaciones en materia de derechos territoriales indígenas? Si tomamos en cuenta que la Suprema Corte mexicana ha validado que toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana es vinculante a nuestro país, debemos tomar en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Interamericana es muy basta, en cuanto a las temáticas que ha abordado, siendo la problemática indígena la que ha encontrado mayor desarrollo en los estándares interamericanos. En otras palabras, los estándares en materia indígena desarrollados por la Corte Interamericana, debieran ya estar reflejados en la legislación mexicana, ya que, como enfatiza Mariela Morales,[37] se está frente a un sistema de *gobernanza supranacional latinoamericana* que son parte de la Convención Americana y, por tanto, debieran observar los estándares mínimos para la protección de grupos en situación de vulnerabilidad. Así, el Estado no puede dar marcha atrás en las normas, políticas y programas que supongan un avance en el respeto, la protección y garantía de los mismos. Todo lo anterior reviste una importancia específicamente por el contexto económico, político, jurídico y social marcado por iniciativas de ley e incluso reformas constitucionales que están dando marcha atrás a las conquistas históricas de trabajadores, campesinos, pueblos indígenas y los sectores vulnerables.[38]

---

[37] Véase Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un* ius constitucionale commune *en America Latina?*, México, UNAM-Max Planck Institut-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010.

[38] Gutiérrez, Rodrigo, "La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales en el marco de las recientes reformas constitucionales en materia de derechos humanos", en Cervantes Alcayde M. *et al.*, *¿Hay justicia para los derechos económicos,*

III. La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derecho territorial indígena

1. *El artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como andamiaje jurídico de la propiedad territorial de los pueblos indígenas en el Sistema Interamericano*

El artículo 21 de la Convención Americana consagra el "derecho a la propiedad privada", no obstante, durante el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se reemplazó por "[t]oda persona tiene el derecho a la propiedad privada, pero la ley puede subordinar su uso y goce al interés público" por la de "[t]oda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La Ley puede subordinar tal uso y goce al interés social". Es decir, se optó por hacer referencia al "uso y goce de los bienes" en lugar de "propiedad privada".[39] El concepto "bienes" fue definido por la Corte Interamericana en el caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, considerando:

> Que los "bienes" pueden ser definidos como aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de valor.[40]

---

sociales y culturales?: debate abierto a propósito de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, México, SCJN-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 104-106.

[39] En el estudio y consideración de los trabajos preparatorios de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el derecho a la propiedad privada fue uno de los más extensamente debatidos en el seno de la Comisión. Desde el primer momento las delegaciones manifestaron la existencia de tres corrientes ideológicas, a saber: una tendencia a suprimir del texto del proyecto toda referencia al derecho de propiedad; otra tendencia a consagrar el texto del proyecto tal y como fue presentado, y una tercera posición conciliadora que reforzaría la función social de la propiedad. Finalmente prevaleció el criterio de incorporar el derecho de propiedad en el texto de la Convención.

[40] Corte IDH, caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú. Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de febrero de 2001, serie C, núm. 74, párrafo 122. En el mismo sentido: Corte IDH, caso Comunidad indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 17 de junio de 2005, serie C núm. 125, párrafo 137; Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 31 de agosto de 2001, serie C, núm.79, párrafo 144.

Tradicionalmente el derecho a la propiedad ha sido considerado en su forma individual, ya que hace referencia a la "persona", sin embargo, la Corte Interamericana cuando conoció del caso Mayagna Sumo (Awas Tigni) *vs.* Nicaragua, determinó el alcance comunitario del derecho a la propiedad territorial[41] pues estipuló que:

> Los términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, dichos tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales.[42]

En este sentido, ha sido jurisprudencia contante del Tribunal Interamericano que el artículo 29.b) de la Convención señala que "ninguna disposición de la misma, podrá ser interpretada de manera que se limite el goce y ejercicio de otro derecho o libertad que pudiera estar reconocido por otra Convención en la que el Estado sea parte". La Corte Interamericana, citando a la Corte Internacional de Justicia, resaltó la importancia de tomar en cuenta el sistema jurídico en el cual se inscriben y el momento en que la interpretación tiene lugar.[43] De lo anterior se concluyó que mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b) de la Convención, la Corte Interamericana consideró que el artículo 21 de la Convención protegía el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal.[44]

---

41 González Morales, Felipe, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Valencia, Tirant Lo Blanch-Tratados, 2013, p. 432.

42 Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna Sumo..., *cit.*, párrafo 146. En dicho caso la Corte Interamericana, aplicando su jurisprudencia sobre la dimensión evolutiva de los derechos humanos, arribó a una interpretación más extensiva en el caso de la propiedad territorial indígena. Véase Corte IDH, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, opinión consultiva OC-16/99 de 1o. de octubre de 1999, serie A, núm. 16, párrafo 114. *Cfr.* Eur. Court H.R., Tyrer *vs.* The United Kingdom, 5856/72, judgment of 25 April 1978, series A núm. A26, párrafo 31.

43 Corte IDH, *El derecho a la información…, cit.,* párrafo 113.

44 *Cfr.* Corte IDH, Comunidad Mayagna... *cit.*, párrafo 148. CIJ, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa), notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971, pp. 16-31.

Si bien, el Tribunal Interamericano determinó que el artículo 21 consagra el derecho a la propiedad del territorio de los pueblos indígenas en su carácter colectivo, también ha considerado pertinente analizar esta disposición de la Convención en conjunto con otros instrumentos internacionales. En los casos Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicaragua, Yakie Axa, Sawhoyamaxa, Xamók Kásek *vs.* Paraguay, Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador y Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano *vs.* Panamá, el Tribunal analizó el artículo 21 a la luz de lo dispuesto en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y, por otra parte, en los casos del Pueblo Saramaka la Corte estimó que los artículos 1 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[45] y el artículo 1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,[46] tenían inmerso el derecho a la propiedad colectiva y derecho a la autodeterminación de los pueblos, en ambos casos de pueblos tribales, pues el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones).[47]

---

[45] El Comité de Derechos Humanos ha considerado: "[que]bajo el artículo 27 de dicho instrumento no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en comunidad con los demás miembros de su grupo, a gozar de su propia cultura, [la cual] podrá consistir en un modo de vida que está fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales. Esto podría ser particularmente cierto de los miembros de comunidades indígenas que constituyen una minoría". ONU, Comité de Derechos Humanos, comentario general núm. 23. Los derechos de las minorías (artículo 27) (quincuagésima sesión, 1994), Doc. CCPR/C/21Rev.1/Add.5, 4 de agosto de 1994, párrafos 1 y 3.2.

[46] *Cfr.* ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Consideración de informes presentados por Estados partes bajo los artículos 16 y 17 del Pacto, Observaciones Finales sobre la Federación Rusa (trigésimo primera sesión), N.U. Doc. E/C.12/1/Add.94, 12 de diciembre de 2003, párrafo 11, en el cual el Comité expresó preocupación por la "situación precaria de las comunidades indígenas en el Estado parte, las cuales afectan su derecho a la autodeterminación según el artículo 1o. del pacto".

[47] Corte IDH, Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm.8, párrafo 120. En este sentido, la Corte ha afirmado que al dar interpretación a un tratado no sólo se toman en cuenta los acuerdos e instrumentos formalmente relacionados con éste (inciso segundo del artículo 31 de la Convención de Viena), sino también el sistema dentro del cual se inscribe (inciso tercero del artículo 31 de dicha Convención) de igual manera el Tribunal ha considerado que podría "abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del Sistema Interamericano", aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección. De esta manera la protección colectiva de los derechos territoriales de los pueblos indígenas en el sistema interamericano encuentra su protección en el artículo 21, pero también ampliando su interpretación a la luz de otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Ade-

Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4093

En general, a partir de estas apreciaciones hechas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a la temática indígena, se ha desarrollado ampliamente la relación especial que los pueblos indígenas mantienen de su territorio ancestral, pronunciándose sobre obligaciones estatales concretas para garantizar el acceso de los pueblos originarios sin impedimentos a sus territorios mediante el reconocimiento oficial de la propiedad, con su titulación, delimitación y demarcación, esto ha afianzado el concepto de posesión indígena, ordenado la devolución de tierras ancestrales y ha considerado que se debe regular un recurso judicial efectivo que materialice cada uno de los derechos antes mencionados. Asimismo, derivado del artículo 21 del Pacto de San José ha desarrollado la obligación de consulta a las comunidades indígenas y tribales en toda actividad que se considere que puede llegar a dañar o modificar la integridad de sus tierras ancestrales. La obligación de consulta ha sido considerada por la Corte Interamericana como un principio general del derecho internacional y ha puntualizado la importancia del reconocimiento de ese derecho como una de las garantías fundamentales para garantizar la participación de los pueblos indígenas y tribales. Se trata pues de un andamiaje jurídico y jurisprudencial que los Estados parte de la Convención Americana deben de observar para respetar y garantizar los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito nacional.

2. *La relación especial entre los pueblos indígenas y sus territorios. Alcance geográfico*

El término tierra o tierras es un concepto productivo que contiene el recurso natural que en ella se encuentren, es decir, es un término económico. De esta manera mientras que el territorio es un concepto geo-socio-político, la tierra es un término económico-productivo.[48] La relación de los pueblos

más, "[n]o existe ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste". En Corte IDH, "Otros tratados". Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982, serie A, núm. 1, párrafo 48, y Corte IDH, *Condición jurídica y derechos humanos del niño*, opinión consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002, serie A, núm. 17, párrafo 22.

48 Serrano, César, *Los derechos de los pueblos indígenas. Derecho internacional y experiencias constitucionales en nuestra Améric*a, San Luis Potosí, Universidad de San Luis Potosí, 2009, pp. 116 y 117.

indígenas y sus territorios es un elemento constitutivo de su cultura como forma de vida particular[49] y fundamental para el goce de otros derechos humanos abarcando el territorio como un todo[50] de ahí la importancia de la identidad cultural. Dicha identidad se forma con la trayectoria histórica de la vida en comunidad en los territorios.[51] Los derechos humanos de los pueblos indígenas derivan de procesos históricos en relación al territorio, incluyendo en éste los conceptos de tierra, recursos naturales y bienes que los pueblos ocupan o utilizan de alguna u otra manera necesarios para la reproducción cultural del grupo.[52]

La Corte ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.[53] Aunque los derechos a la tierra, territorio y la cuestión agraria ya no reciben mucha atención en la época actual —en gran medida por la globalización económica— estos problemas son fundamentales para la supervivencia de los pueblos indígenas. La pérdida de sus tierras (esencial para su forma de vida) ha sido una constante por mucho tiempo, y la lucha por la preservación o la restitución de sus derechos sobre su territorio está en la base de muchos de los intentos de las comunidades indígenas para organizarse comunalmente.[54]

[49] *Cfr*. CIDH, Informe núm. 40/04, caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párrafo 155.

[50] *Cfr*. *Ibidem,* párrafo 129. Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, nota 8, párrafo 114 y CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela, doc. OEA/Ser.L/V/II, doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párrafo 1054.

[51] *Cfr.* Corte IDH, caso Comunidad indígena Sawhoyamaxa *vs.* Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 29 de marzo de 2006, serie C, núm. 146, voto razonado del juez A. A. Cancado Trindade, párrafo 28, y ONU, Asamblea General, Sexagésimo periodo de sesiones, La situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, A/60/358, 16 de septiembre de 2005, párrafo 31.

[52] *Cfr.* Stavenhagen, Rodolfo, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, ONU, Asamblea General, Consejo de los Derechos Humanos, Cuarto Periodo de Sesiones, 26 de febrero de 2007, A/HRC/4/32/Add.4, párrafo 13. *Cfr.* Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka… *cit*, párrafo 82; CIDH, *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, Doc. OEA/Ser.L/V/II, doc. 34, 28 de junio de 2007, párrafo 160 y Stavenhaguen, Rodolfo, *Prevención de la violencia atención a grupos vulnerables y los derechos humanos, Los derechos de los pueblos indígenas, ¿por qué los derechos humanos?,* México, CNDH, p. 29.

[53] *Cfr.* Corte IDH, caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones (artículo 63.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos), sentencia de 19 de noviembre 2004, serie C, núm. 116, párrafo 85.

[54] Stavenhaguen, Rodolfo, *Derechos humanos de los pueblos indígenas*, México, CNDH, 2000, p. 20.

Erica-Irene Daes observa, en su *Estudio sobre las poblaciones indígenas y su relación con la tierra,* que es difícil separar el concepto de la relación de esos pueblos con sus tierras y recursos del concepto de sus diferencias y valores culturales. La relación con la tierra y con todo ser viviente es fundamental para las sociedades indígenas. Las comunidades indígenas mantienen vínculos históricos y espirituales con sus tierras de origen, territorios geográficos en los que florece la sociedad y la cultura; por lo tanto, constituyen el espacio social en el que una cultura puede transmitirse de generación en generación. Con demasiada frecuencia las personas no indígenas no comprenden bien la necesidad de este vínculo espiritual que une a las comunidades indígenas a sus tierras de origen y a menudo se ignora en la legislación existente sobre la tierra.[55]

Este reconocimiento, sobre la relación única existente entre los pueblos indígenas y sus territorios, ha sido ampliamente reconocida por los órganos del Sistema Interamericano. La Comisión Interamericana ha expresado en el caso Mary y Carrie Dann *vs.* Estados Unidos que "la preservación de la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos naturales se vincula con la existencia misma de estos pueblos", y por lo tanto son necesarias medidas especiales de protección.[56] En la misma línea, la Corte Interamericana en los casos de la Comunidad Indígena Yakye Axa *vs.* Paraguay y Masacre Plan de Sánchez *vs.* Guatemala expresó que "para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras".[57]

Todo lo anterior, guarda relación con lo expresado en el artículo 13 del Convenio núm. 169 de la OIT, en el sentido de que el Estado deberá respetar "la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación",[58] ya que al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre

55 Daes, Erica-Irene A., Las poblaciones indígenas y su relación con la tierra, ONU, (E/CN.4/Sub.2/2001/21), párrafo 13.

56 CIDH, Informe núm. 75/02, caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párrafo 128, noviembre de 2007, párrafo 19.

57 Corte IDH, caso Comunidad Indígena Yakye Axa…, *cit.*, párrafos. 124 y 131 y Corte IDH, caso Masacre Plan de Sánchez…, *cit.*, párrafo 85.

58 Corte IDH, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa…, *cit.,* párrafo 119.

sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y a la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros.[59] Bajo la normativa internacional, no es posible negar a las comunidades y pueblos indígenas a gozar de su propia cultura, que consiste en un modo de vida fuertemente asociado con el territorio y el uso de sus recursos naturales.[60] En consecuencia, la Corte Interamericana ha observado que:

> La estrecha relación que los pueblos indígenas guardan con su territorio tiene en general un componente esencial de identificación cultural basado en sus propias cosmovisiones, que como actores sociales y políticos diferenciados en sociedades multiculturales deben ser especialmente reconocidos y respetados en una sociedad democrática.[61]

En relación al alcance geográfico de los derechos de propiedad indígena y los derechos sobre los recursos naturales, se extienden en principio sobre todas aquellas tierras y recursos que los pueblos indígenas usan actualmente, y sobre aquellas tierras y recursos que poseyeron y de los cuales, en algunas situaciones, fueron despojados, con los cuales mantienen una relación especial internacionalmente y nacionalmente protegida, es decir, un vínculo cultural de memoria colectiva, de conciencia de su derecho de acceso o pertenencia de conformidad con sus propias reglas culturales y espirituales. La Corte ha señalado que:

> Los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida. La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural.[62]

El derecho a un territorio de calidad y extensión suficientes es de particular relevancia para los pueblos indígenas y tribales cuya especificidad sociocultural y cuyas situaciones concretas, requieren un especial grado de protección, como el caso del cual los medios tradicionales de subsistencia

---

59 *Ibidem*, párrafo 159.

60 Corte IDH, caso de la Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku *vs.* Ecuador. Fondo y reparaciones y costas, sentencia de 27 de junio de 2012, serie C, núm. 245, párrafo 171.

61 Corte IDH, caso Comunidad Indígena Yakye Axa…, *cit.*, párrafo 146.

62 *Ibidem*, párrafo 145.

y desarrollo de la misma comunidad dependan única y exclusivamente de la propiedad territorial comunal, de la cual se desprenda al mismo tiempo su vida espiritual. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorpóreos que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.[63]

La garantía del derecho territorial de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de los pueblos indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas.[64] Adicionalmente, el desconocimiento del derecho de los miembros de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales puede afectar, por las mismas causas, otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural, el derecho colectivo a la integridad cultural, o el derecho a la supervivencia colectiva de las comunidades y sus miembros. Siendo que las graves condiciones de vida que soportan los miembros de las comunidades indígenas que no tienen acceso a su territorio ancestral les ocasiona sufrimiento y perjudican la preservación de su forma de vida, costumbres e idioma.[65]

3. *Contenido del derecho a la propiedad indígena sobre los territorios*

A. *Certeza jurídica del título de propiedad*

Uno de los derechos básicos relacionados con el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas es el goce permanente de su territorio ancestral, para lo cual se debe de tener el título del territorio.[66] El derecho

---

[63] *Ibidem*, párrafo 137.

[64] *Ibidem*, párrafo 154.

[65] CIDH, Democracia y derechos humanos en Venezuela..., *cit.*, párrafos 1076-1080; CIDH, Acceso a la Justicia…, *cit.*, párrafos 241, 257-268, 297, recomendación 8.

[66] Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, párrafo 116 y Anaya, James, Informe del relator especial sobre los derechos de los pueblos indígenas. La situación de los pueblos

colectivo de propiedad sobre las tierras indígenas implica la titulación colectiva del territorio, esto es, el reconocimiento de un título también colectivo de propiedad sobre esas tierras donde se refleje la propiedad de la tenencia de la tierra. La ausencia de procedimientos efectivos específicos y regulados para la titulación de las tierras comunales indígenas causa una incertidumbre general que no es compatible con los estándares impuestos por el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Corte ha entendido desde el caso Velásquez Rodríguez *vs.* Honduras,[67] que para cumplir con lo dispuesto por el artículo 25 no basta con la existencia formal de los recursos, sino que éstos deben ser adecuados y efectivos para remediar la situación jurídica infringida, es decir, cualquier norma o medida que impida o dificulte hacer uso del recurso de que se trata, constituye una violación del derecho de acceso a la justicia, según lo dispone el artículo 25 de la Convención. Así, no sólo basta con que se establezcan mecanismos para obtener la titulación del territorio ni la puesta en marcha de recursos efectivos; el derecho a la titulación del territorio también debe contar con certeza jurídica,[68] por este motivo, la Comisión Interamericana ha puesta énfasis en que el registro legal de las tierras indígenas constituye en la realidad sólo un primer paso en su establecimiento y defensa real.[69]

El derecho a la certeza jurídica de la propiedad territorial requiere que existan mecanismos especiales, rápidos y eficaces para solucionar los conflictos jurídicos existentes sobre el dominio de las tierras indígenas. Parte de la certeza jurídica a la que tienen derecho los pueblos indígenas consiste en que sus reclamos y reivindicaciones territoriales reciban una solución definitiva, es decir, que una vez iniciados los trámites de reivindicación de sus territorios ancestrales, sea ante las autoridades administrativas o ante los tribunales, se otorgue una solución definitiva a su reclamo dentro de un plazo razonable, sin demoras injustificadas. De igual forma se afecta la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de las tierras cuando la ley no garantiza la inalienabilidad de las tierras comunales y permite a las comunidades su li-

indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica. Asamblea General de las Naciones Unidas 30 de mayo de 2011, párrafo 35.

[67] Corte IDH, caso Velásquez Rodríguez, fondo, sentencia del 29 de julio de 1988, serie C, núm. 4, párrafo 56 y Corte IDH, caso Godínez Cruz, fondo, sentencia de 20 de enero de 1989, serie C, núm. 58 y Corte IDH, caso Omar Humberto Maldonado Vargas y otros *vs.* Chile, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 2 de septiembre de 2015, serie C, núm. 300.

[68] CIDH, Democracia y derechos humanos…, *cit.*, nota 50, párrafo 1137, recomendación 3.

[69] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, doc. OEA/Ser.L/V/II.97, doc. 29 rev. 1, 29 de septiembre de 1997, párrafo 33.

bre disposición, el establecimiento de prendas o hipotecas u otros gravámenes, o el arriendo de las mismas.[70]

B. *Delimitación y demarcación del territorio ancestral*

El principal mecanismo de garantía del derecho de propiedad territorial indígena que ha sido identificado por los órganos del sistema interamericano es la delimitación y demarcación de las tierras pertenecientes a los pueblos indígenas.[71] Es necesario materializar los derechos territoriales de los pueblos indígenas mediante la adopción de las medidas legislativas y administrativas necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación y demarcación, que reconozca tales derechos en la práctica. El reconocimiento meramente abstracto o jurídico de las tierras, territorios o recursos indígenas carece prácticamente de sentido si no se ha establecido y delimitado físicamente la propiedad.[72]

La falta de demarcación y titulación de los territorios ancestrales, al impedir o dificultar el acceso de los pueblos indígenas y tribales a sus territorios y el uso y disfrute de los recursos naturales que en ellos se encuentran, los coloca en una situación de vulnerabilidad extrema que incide directamente sobre sus demás derechos humanos, incluidos los derechos a la alimentación, al agua potable y a la salud, entre otros.[73] Al igual que la titulación de territorios, los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos especiales, adecuados y efectivos para la delimitación y demarcación.[74]

Debido a las características específicas de la propiedad comunal indígena, estos procedimientos deben ser diferentes de los mecanismos generales de titulación de la propiedad agraria disponibles para otros sectores de la

[70] CIDH, Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, doc. OEA/Ser.L/V/II.106, doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párrafo 18.

[71] En la práctica, según ha explicado la Corte Interamericana, antes de proceder a la titulación, hay que demarcar y delimitar el territorio, en consulta con el pueblo respectivo y con sus vecinos: "A fin de obtener dicho título, el territorio que los miembros del pueblo [respectivo] han usado y ocupado tradicionalmente debe ser primero demarcado y delimitado, a través de consultas realizadas con dicho pueblo y con los pueblos vecinos" Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, párrafo 115.

[72] Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna…, *cit.,* párrafo 138; Stavenhagen, Rodolfo, Informe del relator especial sobre la situación de los derechos humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, E/CN.4/2003/90, párrafo 66 y Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe sobre el segundo período de sesiones (12 a 23 de mayo de 2003), E/C.19/2003/22, párrafo 33.a.

[73] CIDH, Democracia y derechos humanos…, *cit.*, nota 50, párrafos. 1076-1080.

[74] Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna…, *cit.*, párrafo 127.

sociedad,[75] es decir, los Estados deben crear mecanismos para la demarcación de tierras de los indígenas que cuenten con una participación plena de éstos. En este sentido, la CIDH ha reiterado que la obligación del Estado de delimitar y demarcar efectivamente el territorio ancestral de los pueblos indígenas que necesariamente incluye el establecimiento de consultas efectivas e informadas con el pueblo respectivo en relación con las fronteras de su territorio, y que se tengan en cuenta en ese proceso las prácticas tradicionales de uso de la tierra y el sistema consuetudinario de tenencia de la tierra.[76]

C. *Posesión del territorio ancestral*

Dentro de los derechos territoriales de carácter colectivo los pueblos indígenas tienen derecho a la posesión (uso, ocupación y habitación) de sus territorios ancestrales, pues éste se relaciona directamente con la identidad cultural, en la medida en que la cultura es una forma de vida intrínsecamente vinculada al territorio propio.[77] Este derecho es, más aún, el objetivo último de la protección misma de la propiedad territorial indígena. Esto implica que los pueblos afectados tienen derecho a vivir en sus territorios y los Estados tienen la obligación de respetar y proteger el derecho colectivo a la posesión de las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas mediante la adopción de medidas especiales para garantizar el reconocimiento del interés particular y colectivo que el pueblo indígena tiene en la ocupación y el uso de sus tierras y recursos tradicionales.[78]

La Corte Interamericana ha vinculado el derecho a la posesión del territorio ancestral por los pueblos indígenas, al núcleo mismo del derecho a la propiedad protegido por el artículo 21 de la Convención. De este modo, los pueblos indígenas tienen derecho a poseer y controlar su territorio sin ningún tipo de interferencia externa.[79]

Por otra parte, la posesión tradicional de los territorios ancestrales tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio emitido por el Estado, y otorga a los pueblos indígenas el derecho al reconocimiento oficial de su propiedad y su registro.[80] Como producto de la costumbre, la posesión de

[75] *Ibidem*, párrafos 122 y 123.
[76] CIDH, Informe núm. 40/04..., *cit.*, párrafo 132.
[77] CIDH, Democracia y derechos humanos…, *cit.,* párrafo 1050.
[78] CIDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, párrafo 89.
[79] *Ibidem*, párrafo 115.
[80] Corte IDH, caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek *vs.* Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 24 de agosto de 2010, serie C, núm. 214, párrafo 109.

la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.[81] Sin embargo, es muy importante poner énfasis en que la posesión de los territorios ancestrales no es un requisito que condicione la existencia, reconocimiento o restauración del derecho a la propiedad de un pueblo indígena ya que los pueblos indígenas que han perdido la posesión de sus territorios en forma total o parcial mantienen sus derechos plenos de propiedad sobre los mismos, y tienen derecho a reivindicar y obtener su restitución efectiva.[82]

4. *La concesión de grandes proyectos de desarrollo en territorio indígena*

Como parte del Estado de derecho, las autoridades tienen el deber de establecer los estándares de protección medioambiental nacionales e internacionales que el Estado ha promulgado o aceptado;[83] esta obligación positiva del Estado es parte de su obligación general de poner en marcha y aplicar su propia legislación para proteger los derechos humanos de todas las personas, incluidos los pueblos indígenas y sus miembros. Los Estados deben adoptar medidas para asegurar que el reconocimiento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, en sus Constituciones y en los tratados internacionales de los que son parte, sea incorporado en forma transversal a su legislación interna, incluida la normativa sobre proyectos de desarrollo.[84]

Los países del continente americano tienen derecho al desarrollo. Tal derecho al desarrollo "implica que cada Estado tiene la libertad de explotar sus recursos naturales, incluyendo [el otorgamiento] de concesiones y la apertura a inversiones internacionales",[85] pero el desarrollo debe ser necesariamente compatible con los derechos humanos, y específicamente con los derechos de los pueblos indígenas. No hay propiamente desarrollo sin

---

81 Corte IDH, caso de la Comunidad Mayagna…, *cit.*, párrafo 151.

82 Corte IDH, caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa…, *cit.*, párrafo 126.

83 ONU, Los pueblos indígenas y los indicadores de bienestar y desarrollo, "Pacto del Pedregal", Informe preliminar, documento de trabajo, *VII Sesión del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas* , Nueva York, Estados Unidos, 23 de abril de 2008, p. 37 y ONU, Foro permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, *Informe sobre noveno periodo de Sesiones* (19 al 30 de abril de 2010), Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales 2010 , suplemento núm. 23, párrafo 113.

84 CIDH, Acceso a la justicia e inclusión social…, *cit.,* nota 52, párrafos 220, 297–Recomendación 4.

85 CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador, doc. OEA/Ser.L/V/II.96, doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997, párrafo 453.

respeto pleno por los derechos humanos, ello impone limitaciones y deberes de obligatorio cumplimiento a las autoridades estatales. En particular, el desarrollo debe gestionarse en forma sostenible, lo cual exige que los Estados aseguren la protección del medio ambiente, y específicamente del medio ambiente de los territorios ancestrales indígenas.

Así, el otorgamiento de concesiones a los megaproyectos de infraestructura o desarrollo, tales como carreteras, canales, represas, puertos o afines, así como las concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales en territorios ancestrales, pueden afectar a las poblaciones indígenas con consecuencias particularmente graves, ya que ponen en peligro sus territorios y los ecosistemas que allí se encuentran, por lo cual representan un peligro mortal para su supervivencia en tanto pueblos, especialmente en los casos en que la fragilidad ecológica de sus territorios coincide con su debilidad demográfica.[86] Las concesiones extractivas en territorios indígenas, al poder causar daños ecológicos, ponen en peligro los intereses económicos, la supervivencia y la integridad cultural de las comunidades indígenas y de sus miembros, además de afectar el ejercicio de sus derechos de propiedad sobre sus tierras y recursos naturales.[87]

Para la Corte Interamericana, el término "plan de desarrollo o inversión" se refiere a "cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio [ancestral], en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras".[88] En este sentido, los Estados deben cumplir los requisitos establecidos para los casos de expropiación en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.[89]

Toda limitación al contenido del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus recursos naturales debe sujetarse a las normas generales que regulan las limitaciones legales de la propiedad por razón de interés público, esto es, las expropiaciones. Además, un Estado no puede otorgar una concesión, ni aprobar un plan o proyecto de desarrollo o inversión, que

---

[86] CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, doc. OEA/Ser.L/V/II.102, doc. 9 rev. 1, 26 de febrero de 1999, párrafos 33-35.

[87] Las actividades de las empresas madereras en territorios de pueblos indígenas y tribales, por ejemplo, son altamente destructivas y producen daños masivos en el bosque y sus funciones ecológicas y culturales, causando polución del agua, pérdida de la biodiversidad, y afectación espiritual del bosque en detrimento de los pueblos indígenas. *Cfr.* Stavenhagen, Rodolfo, Informe del Relator..., *cit.*, nota 52, parrafo 25 y 26.

[88] Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, párrafo 129.

[89] En el caso de los pueblos indígenas debe observarse su derecho a la consulta y una justa indemnización.

pueda afectar "la supervivencia"[90] del pueblo indígena correspondiente de conformidad con sus modos ancestrales de vida.

Bajo el artículo 21 de la Convención Americana, el Estado puede restringir el derecho de un pueblo indígena al uso y goce de las tierras y recursos naturales que tradicionalmente les pertenecen, únicamente cuando dicha restricción cumpla con los requisitos allí establecidos y, además, cuando no deniegue su supervivencia como pueblo indígena. El Comité de Derechos Humanos en el caso Länsman y otros *vs.* Finlandia[91] apoya este requisito: "permitiendo que los Estados lleven a cabo actividades de desarrollo que limiten los derechos de una minoría cultural, siempre y cuando dicha actividad no extinga por completo el modo de vida del pueblo indígena". Por ello el sistema interamericano ha desarrollado una serie de requisitos especiales para la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión o para el otorgamiento de concesiones extractivas por el Estado en territorios ancestrales.[92]

5. *Test de territorialidad*

En lo relativo al *test de territorialidad* desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana ha establecido que el triple estándar (consulta y consentimiento; estudios de impacto ambiental, y participación en los beneficios)[93], fijado en los casos del pueblo Saramaka y Kichwa de Sara-

[90] La noción de "supervivencia" no se identifica con la mera existencia física: "La Corte enfatizó en la Sentencia que la frase 'supervivencia como una comunidad tribal' debe ser entendida como la capacidad de los Saramaka de 'preservar, proteger y garantizar la relación especial que [ellos] tienen con su territorio', de tal forma que puedan 'continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas (…)'. Por tanto, el término 'supervivencia' significa, en este contexto, mucho más que supervivencia física". En los mismos términos, para la Corte, "el término 'supervivencia' no se refiere solamente a la obligación del Estado de garantizar el derecho a la vida de las víctimas, sino también a la obligación de adoptar todas las medidas adecuadas para garantizar la relación continua del pueblo Saramaka con su territorio y su cultura". Véase *ibidem*, párrafo 29 y 37.

[91] ONU, caso Länsman y otros *vs.* Finlandia, comunicación núm. 511/1992, Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994, párrafo 9.4.

[92] Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, párrafo 128.

[93] En el caso del Pueblo Saramaka, la Corte Interamericana consideró que, precisamente, cuando se trate de planes de desarrollo o inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro de los territorios indígenas, los Estados tienen la obligación, no sólo de consultar a los pueblos interesados, sino también de obtener el consentimiento libre, previo, informado y culturalmente adecuado. En esta tesitura, el Tribunal Interamericano estableció una distinción entre 'la consulta´ y 'el consentimiento' que los pueblos originarios deberían

yaku, es aplicable a "los planes de inversión, desarrollo, exploración o explotación de los recursos naturales"[94] que puedan afectar de forma directa o indirecta la capacidad de los pueblos indígenas para usar y gozar efectivamente sus tierras, territorios y recursos naturales, de manera que supongan, de hecho, una privación o limitación de su derecho de propiedad, pues de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los pueblos indígenas respecto del derecho, decisiones que puedan afectarlos, se relacionan directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura pueda resultar afectada por tales decisiones.[95]

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha llamado a los Estados a devolver las tierras y territorios que tradicionalmente han sido de propiedad, uso u ocupación de los pueblos indígenas y tribales cuando han sido privados de ellos sin su consentimiento.[96] Además, estas tres condiciones son requisitos complementarios y concurrentes, orientados a garantizar la supervivencia como pueblos indígenas.[97] De esta forma como regla general, los Estados deben garantizar, mediante procedimientos claros de consulta, que se obtenga su *consentimiento previo e informado* para la consecución de dichos proyectos.

A. *Garantía de consulta*

En lo que respecta a la garantía de la *consulta,*[98] los Estados tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que afecte sus territorios,

otorgar, desprendiéndose de su interpretación que cuando el Estado se encuentra frente a los supuestos de proyectos de inversión, la consulta, entendida en su sentido estricto, (test de territorialidad), muta de derecho a garantía, pues es el medio para garantizar la finalidad última de la consulta, el derecho al consentimiento.

94 *Ibidem*, párrafo 129.

95 ONU, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, *Informe sobre Décimo Periodo de Sesiones* (16 al 27 de mayo del 2011), Consejo Económico y Social, Documentos Oficiales 2011, suplemento núm. 23, párrafo 79.

96 ONU Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial - Recomendación general núm. 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51 período de sesiones, Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997), párrafo 5.

97 Véase Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.,* y Corte IDH, caso de la Comunidad Indígena Kichwa ..., *cit.*

98 La consulta y el consentimiento no se limitan a asuntos que afecten los derechos de propiedad indígenas, sino que también son aplicables a otras acciones administrativas o legislativas de los Estados que tienen un impacto sobre los derechos o intereses de los pueblos indígenas

tomando en consideración la especial relación entre los pueblos indígenas y la tierra, y los recursos naturales. Ésta es una manifestación concreta de la regla general, según la cual el Estado debe garantizar que los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos, teniendo en cuenta que esta consulta debe estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado,[99] según se dispone en el Convenio169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.[100]

La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta, en tanto forma de garantizar el derecho de los pueblos indígenas a participar en los asuntos susceptibles de afectarles, deben buscar la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o un trámite de cuantificación de daños.[101]

El procedimiento de consulta no puede agotarse en el cumplimiento de una serie de requisitos *pro forma.* Incluso en los supuestos en los que el consentimiento de los pueblos indígenas no sea un requisito necesario, los Estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de la consulta o, en su defecto, proporcionar razones objetivas y razonables para no haberlos tomado en consideración. De este modo la consulta debe de ser: previa, culturalmente adecuada, informada y de buena fe.[102]

La *consulta previa* se refiere a que debe llevarse a cabo durante la fase exploratoria o de planificación del proyecto, plan o medida correspondiente, con suficiente antelación al comienzo de sus actividades de ejecución. Los procedimientos de consulta se deben desarrollar antes de diseñar y ejecutar proyectos de explotación de recursos naturales en las tierras y territorios ancestrales de los pueblos indígenas.[103] En el mismo sentido se ha pronunciado el relator especial de la ONU, al precisar que en todos los casos en que se aplique el deber de celebrar consultas, su finalidad deberá ser obtener el

(Anaya, James, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los Pueblos indígenas, doc. ONU A/HRC/12/34, 15 de julio de 2009, párrafos 62 y 63.

99 CIDH, Democracia y derechos humanos…, *cit.*, párrafos 1058 y 1071.

100 Anaya, James, Informe del relator..., *cit.*, nota 98, párrafo 39.

101 CIDH, Acceso a la justicia e inclusión…, *cit.,* párrafo 248.

102 CIDH, Relatoría especial sobre los derechos los pueblos indígenas, Informe sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales, normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, OEA/Ser.L/V/II, 30 diciembre 2009, párrafo 396.

103 CIDH, Acceso a la justicia e inclusión…, *cit.,* párrafo 249.

consentimiento o el acuerdo de los pueblos indígenas afectados. De ahí que las consultas deban llevarse a cabo en las primeras etapas de la elaboración o planificación de la medida propuesta a fin de que los pueblos indígenas puedan verdaderamente participar e influir en el proceso de adopción de decisiones.[104]

En cuanto a los proyectos y concesiones de explotación o extracción de los recursos naturales en territorios indígenas, la consulta debe hacerse desde que se lleva a cabo la evaluación misma del otorgamiento de la concesión, ya que los Estados deben garantizar, de antemano, la participación efectiva del pueblo indígena o tribal afectado, por medio de sus métodos tradicionales de toma de decisiones, tanto en relación con el proceso de evaluación del otorgamiento de concesiones en su territorio, como en la adopción de las decisiones correspondientes.[105]

En lo relativo a la *consulta culturalmente adecuada*, se debe consultar con los pueblos de conformidad con sus propias tradiciones, y la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo [correspondiente] para la toma de decisiones,[106] es decir, que la regla de adecuación cultural de la consulta exige que la representación de los pueblos indígenas sea definida de conformidad con sus propias tradiciones. En términos generales, todos los asuntos relacionados al proceso de consulta con el pueblo [correspondiente], así como aquellos relacionados a los beneficiarios de la 'justa indemnización' que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo [respectivo] de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales.[107]

En lo tocante a la *consulta informada*, según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, debe ser en el sentido de que los pueblos indígenas tengan "conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria".[108] El carácter informado de la

104 Anaya, James, Informe del relator..., *cit.*, nota 98, párrafo 65.

105 Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, párrafo 147.

106 *Ibidem*, párrafo 133.

107 Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka *vs.* Surinam. Interpretación de la Sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 12 de agosto de 2008, serie C, núm. 185, párrafo 27.

108 En palabras del relator de la ONU: en los casos relativos a explotación de recursos naturales o proyectos de desarrollo que afecten tierras indígenas, para que los pueblos indígenas interesados puedan adoptar decisiones libres e informadas sobre el proyecto en consideración es necesario que reciban información objetiva y completa sobre aspectos del proyecto que los afecta, incluidas las repercusiones del proyecto sobre su vida y su entorno.

consulta conecta con la obligación de llevar a cabo estudios de impacto social y ambiental con carácter previo a la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas susceptibles de afectar a estos pueblos.[109] Sobre este mismo punto, en analogía con las garantías aplicables en otros procedimientos judiciales o administrativos en los que participen los pueblos o individuos indígenas, la consulta informada exige a los Estados a adoptar medidas para asegurar que los miembros de los pueblos o comunidades indígenas "puedan comprender y hacerse comprender, facilitándoles, si fuera necesario, intérpretes".[110] La consulta informada también exige a los Estados garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta previa se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo.[111] La complejidad y magnitud de los proyectos o planes de inversión o desarrollo, o de las concesiones extractivas de los recursos naturales puede requerir la celebración de reuniones previas de información. Dichas reuniones, sin embargo, no deben confundirse con el tipo de negociación y diálogo requeridos por un proceso de consulta genuino.[112]

Por último, la *consulta de buena fe,* tiene la finalidad de recibir el consentimiento informado de los pueblos indígenas a los planes de desarrollo o inversión o las concesiones extractivas que puedan afectar su derecho

---

A este respecto, es esencial que el Estado haga estudios de impacto ambiental y social a fin de que puedan conocer todas las consecuencias que cabe prever. Los grupos indígenas interesados deben de conocer esos estudios de impacto en las primeras etapas y poder presentar sus observaciones y recibir información acerca de cualquier preocupación que planteen. Anaya, James, Informe del relator..., *cit.*, nota 98, párrafo 53.

[109] CIDH, Informe sobre la situación de los derechos humanos en Ecuador..., *cit.*, nota 85, párrafo 103.

[110] OIT, Convenio 169, Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Independientes, artículo 12. El apoyo técnico a los pueblos indígenas en el contexto de los procedimientos de consulta puede también interpretarse como uno de los requisitos de la provisión de medios para que los pueblos indígenas puedan ejercer plenamente su derecho a la autonomía. Convenio 169, Artículo 6.1.(c). El Relator Especial de la ONU indica en este sentido que "por lo general los pueblos indígenas se encuentran en desventaja en cuanto a influencia política, recursos financieros, acceso a la información y educación pertinente con respecto a las instituciones estatales o las partes del sector privado, como las empresas, que son sus contrapartes en las consultas… los Estados deben tratar debidamente de superar el desequilibrio de poder, garantizando a los pueblos indígenas la asistencia financiera, técnica y de otro tipo que necesiten y haciéndolo sin utilizar dicha asistencia como palanca o para influir en las posiciones de los indígenas en las consultas." Anaya, James, Informe del relator..., *cit.*, nota 98, párrafos 50 y 51.

[111] CIDH, Acceso a la justicia e inclusión…, *cit.*, párrafo 248.

[112] CIDH, Relatoría especial sobre los derechos los pueblos…, *cit.*, párrafo 314.

de propiedad sobre las tierras, territorios y recursos naturales.[113] El énfasis puesto por la regulación internacional y regional sobre la buena fe en el cumplimiento del deber estatal de consulta a los pueblos indígenas busca establecer una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales, una práctica desafortunadamente frecuente que ha sido denunciada de manera consistente por los pueblos indígenas. La consulta de buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia. En demasiados casos, las consultas a los pueblos indígenas se llevan a cabo en climas de hostigamiento e incluso de violencia perpetrada por guardias de seguridad privados contratados por las empresas responsables de los proyectos y, a veces, por las fuerzas de seguridad públicas. La buena fe también es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea por medio de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea mediante negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales.[114]

De esta forma la finalidad de toda consulta será obtener el consentimiento previo, adecuado, informado y de buena fe. La Corte Interamericana ha resaltado la diferencia entre "consulta"' y "consentimiento", planteando la obligación de obtener el consentimiento en los siguientes términos:

> La Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino

[113] Corte IDH, caso del Pueblo Saramak…, *cit.*, nota 18, párrafo 133. Es de resaltar la discrepancia de estándares existentes en los dos casos sobre la finalidad que debe tener el proceso de consulta. Es de resaltar que en el primer caso en el que la Corte Interamericana se versó sobre la consulta de carácter previa, libre, informada y de buena fe (Saramaka *vs.* Suriname) la Corte hizo referencia a que la finalidad de dicha consulta debería ser la de obtener el consentimiento de dicho pueblo. Con posterioridad, en el caso Sarayaku, la Corte pese a que cita el párrafo 134 de la sentencia del caso del Pueblo Saramaka cambia la finalidad de la consulta por la de concepción de tener como *finalidad llegar a un acuerdo.* Cabría hacer notar que la Corte ha considerado que el consentimiento es de necesaria obtención cuando se trate de proyecto de desarrollo o inversión entendiéndose éstos como "cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio […], en particular, cualquier propuesta relacionada con concesiones madereras o mineras". Si bien en el caso Sarayaku se trataba de una concesión petrolera que afectaba la integridad de las tierras y recursos naturales, la Corte cambia la concepción antes descrita, consentimiento por acuerdo.

[114] CIDH, Relatoría especial sobre los derechos los pueblos indígenas…, *cit.,* párrafos 318 y 319.

> también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones.[115]

Posteriormente, en la sentencia interpretativa del caso Saramaka, la Corte añadió:

> El Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. [116]

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en Consideraciones de los Informes presentados por los Estados partes conforme al artículo 9 de la Convención, Observaciones Finales respecto del Ecuador, de 2003 determinó que otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a gran escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.[117] El relator de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas también se ha referido a esta obligación, observando que:

> [s]iempre que se lleven a cabo [proyectos a gran escala] en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender, mucho menos anticipar. [L]os efectos principales… comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos

[115] Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, nota 18, párrafo 134.

[116] Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, nota 107, párrafo 17.

[117] ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial Consideraciones de los Informes presentados por los Estados parte conforme al artículo 9 de la Convención, observaciones finales respecto del Ecuador, 2003, Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párrafo 16.

impactos sanitarios y nutricionales de larga duración [y], en algunos casos, abuso y violencia.[118]

En suma, tres son los casos en los cuales el requisito del consentimiento se vuelve de carácter obligatorio:[119]

a) Los planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos o comunidades indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente.
b) En los casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia.
c) En el de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas

El requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales, en relación con la ejecución de planes de desarrollo o inversión que afecten al contenido básico de dichos derechos. El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos.[120]

---

[118] Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, nota 18, párrafo 135.

[119] CIDH, Relatoría especial sobre los derechos los pueblos…, *cit.*, párrafo 334.

[120] El Relator Especial de la ONU ha explicado en esta línea que "la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (artículos 10 y 29, párrafo 2, respectivamente)." Anaya, James, Informe del relator..., *cit.*, nota 98, párrafo 47.

B. *Garantía de beneficios compartidos*

Con respecto a la garantía de *beneficios compartidos,* el Estado debe garantizar que los miembros de las comunidades indígenas afectadas se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de su territorio.[121] La CIDH ha resaltado que, según dispone el Convenio núm. 169, los pueblos indígenas tienen derecho a la participación en los beneficios de las actividades de utilización de sus recursos naturales.[122] Sin embargo, no debe confundirse la participación en los beneficios de un proyecto con la dotación de servicios sociales básicos que de cualquier modo corresponde proveer al Estado en virtud de sus obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales.[123]

En cuanto a la determinación de los beneficiarios ésta deberá hacerse consultando al pueblo respectivo y no unilateralmente por el Estado y en caso de que surja un conflicto interno entre los miembros del pueblo indígena correspondiente sobre quién puede beneficiarse de los proyectos de desarrollo e inversión, ello debe ser resuelto por el pueblo mismo de conformidad con sus propias costumbres y normas tradicionales, y no por el Estado.[124] La Corte Interamericana ha recurrido en este punto a los pronunciamientos del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial y del relator de la ONU sobre los derechos de los pueblos indígenas, respecto del derecho a la participación en los beneficios, en este sentido, el Comité sobre la Eliminación de la Discriminación Racial ha recomendado no sólo que se debe obtener el consentimiento previo e informado de las comunidades cuando existen planes para llevar a cabo grandes actividades de explotación en territorios indígenas, sino también garantizar que se compartan los beneficios derivados de dicha explotación de manera equitativa.[125] En este contexto, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención, se puede entender la participación en los beneficios como una forma de indemnización razonable y en equidad, que deriva de la explotación de las tierras y recursos naturales necesarios para la supervivencia.[126]

[121] Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.,* nota 18, párrafo 129.
[122] CIDH, Segundo informe…, *cit.,* nota 70, párrafo 26.
[123] CIDH, Relatoría especial sobre los derechos los pueblos…, *cit.*, párrafo 293.
[124] Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.,* nota 107, párrafo 25.
[125] ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación..., *cit.*, nota 117, párrafo 16.
[126] Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.,* nota 18, párrafo 140.

C. *Garantía de estudios previos de impacto social y ambiental*

Los estudios previos de impacto social y ambiental (EISA) deben ser llevados a cabo por entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado[127] en el contexto de los proyectos de desarrollo e inversión y actividades extractivas en territorios indígenas. Los estudios de impacto social y ambiental responden a la finalidad última de "preservar, proteger y garantizar la relación especial" de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos.[128] En términos generales, los EISA sirven para evaluar el posible daño o repercusión que un proyecto de desarrollo o inversión puede tener sobre la propiedad y comunidad en cuestión.[129] Tal y como lo afirmó la Corte Interamericana en la sentencia sobre el caso Saramaka, el objetivo de los EISA no es sólo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria.[130]

El objetivo último del proceso de estudio de impacto es identificar cuáles son los potenciales aspectos negativos del plan o proyecto en cuestión sobre la capacidad de los pueblos indígenas de usar y gozar de las tierras y otros recursos existentes en sus territorios que tradicionalmente han usado con fines económicos, sociales, culturales o espirituales; en otros términos: el posible impacto sobre su derecho de propiedad comunal.[131]

IV. Conclusión: ¿existe una prevalencia de la justicia inaccesible para los derechos territoriales de los pueblos indígenas en México?

Uno de los grandes obstáculos a los que se veían enfrentados los pueblos indígenas al momento de tratar de hacer efectivos sus derechos territoriales de manera colectiva, pues recursos, como el amparo, eran eminentemente a instancia de parte agraviada. Sin embargo, un avance importante en materia

127 *Ibidem*, párrafo 129.

128 *Idem*.

129 Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, nota 107, párrafo 40.

130 Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, nota 18, párrafo 154.

131 Banco Mundial, Política operacional 4.10, párrafo 9 y Anexo A.

agraria, y específicamente en el juicio de amparo en materia agraria, es que se prevén acciones colectivas a favor de los núcleos de población ejidal o comunal, tradicionalmente conocido como el "amparo social".[132] No obstante, habría que apuntar que existen comunidades indígenas que no son necesariamente comunidades agrarias, pero que ocupan una porción de tierra sin ninguna denominación, y también comunidades agrarias, cuyos miembros no son indígenas.[133]

La única referencia de la protección de los pueblos indígenas en la Ley Agraria lo encontramos en el artículo 106 que dispone que: "las tierras que corresponden a los grupos indígenas deberán ser protegidas por las autoridades, en los términos de la ley que reglamente el artículo [2o.] y el segundo párrafo de la fracción VII del artículo 27 constitucional". Sin embargo, en lo referente al artículo 2o. sólo contempla en la fracción V que el Estado mexicano reconoce el derecho que tienen los pueblos indígenas para conservar y mejorar su hábitat y preservar la integridad de sus *tierras*; por su parte, en lo relativo al artículo 27 fracción VII, párrafo segundo, la Constitución sólo dispone que "la ley protegerá la integridad de las tierras indígenas", es decir en ambos casos no se contempla la propiedad indígena en su expresión de territorio para efectos del amparo en materia agraria cuando las afectaciones atañen a sus derechos.

Para Raquel Gutiérrez Nájera y Pedro León Corrales el amparo en materia agraria representa y constituiría un recurso legal efectivo, para la protección de derechos colectivos (específicamente en materia ambiental), pues según estos autores, resulta aplicable a las comunidades afectadas en sus tierras, ya sean ejidos o pueblos indígenas, por ejemplo, megaproyectos, implican actos de autoridad que tengan o puedan tener como consecuencia la privación de los derechos de propiedad o posesión, uso o disfrute de sus bienes agrarios de un núcleo de población ejidal o comunal o la afectación del régimen ejidal o comunal, se actualizan los supuestos en los procedería el amparo en materia agraria de manera colectiva. Para estos autores el amparo en materia agraria es plenamente aplicable cuando se priva de los derechos colectivos sobre la tierra, especialmente mediante megaproyectos, pues contienen actos de autoridad que afectan los derechos agrarios de los núcleos de población, específicamente aquellos que tengan o puedan tener como consecuencia la privación parcial o total, temporal o definitiva de la propiedad, la posesión o el disfrute de los bienes agrarios o su substracción

[132] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Amparo colectivo en México, hacia una nueva reforma constitucional y legal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,2009, pp. 57 y 58.

[133] *Cfr.* López Bárcenas, Francisco, *Tierras y territorios…*, *cit.*, nota 3, p. 292.

del régimen ejidal o comunal; en este sentido ponen énfasis en que el amparo en materia agraria se basa en varias excepciones a las reglas ordinarias del juicio de amparo, con enormes ventajas para los núcleos de población afectados:

1. No se requiere agotar los recursos previos contemplados para impugnar los actos de autoridad, por ende, no se necesitaría agotar el recurso de revisión.
2. No se aplica el término de 15 días para interponer la demanda de amparo, ya que por excepción se puede interponer dentro de siete años contados a partir de que se le notifique al núcleo agrario sobre la privación de sus derechos ejidales o comunales.
3. En materia de suspensión, proceden la suspensión de plano y de oficio, la cual se debe de conceder por el juez de distrito contra los actos que tengan o puedan tener como consecuencia la privación de la propiedad, posesión o disfrute de los bienes agrarios de un núcleo de población ejidal o comunal, además, no se aplican las disposiciones de la suspensión en general como no afectar el interés social, tampoco requiere garantía y se otorga durante la vigencia del juicio.
4. Opera la suplencia de la queja a favor de los núcleos de población cuando sean parte quejosa tanto en ofrecimiento y recabación de pruebas como en excepciones, preceptos violados y alegatos.
5. Asimismo, no existe término para interponer la queja por exceso o defecto en el cumplimiento de la ejecutoria cuando se les concede el amparo, y los autorizados para oír y recibir notificaciones tienen facultades amplias, sin tener que cubrir el requisito de haber registrado previamente su cédula de abogado.[134]

De este modo, de un análisis sistemático, según Gutiérrez Nájera y León Corrales, se percibe qué actividades destinadas a afectar la tierra acarrean e implican violaciones a otros derechos consagrados en la Constitución mexicana como el derecho a la vida, a la salud y a gozar de un medio ambiente sano y adecuado y de igual manera que los daños a los ecosistemas pueden ser irreparables como el cambio del uso del suelo del bosque o la selva a un uso hidráulico o industrial o demolición de zonas específicas. De esta forma, la afectación de la tierra, acarrea como consecuencia riesgos o daños a la sa-

[134] Gutiérrez Nájera, Raquel y León Corrales, Pedro. "El acceso a la justicia en materia ambiental en el contexto de los derechos económicos, sociales y culturales", en México-Comisión Europea, Secretaria de Relaciones Exteriores, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, Programa para la Cooperación sobre Derechos Humanos, México, 2005, p. 420.

lud de las personas o la desaparición de especies de flora y fauna que afecten gravemente la biodiversidad. Visión que no es errónea, pero que sin duda para la justiciabilidad de los DESC implica una limitante al ser colocados en segundo término.

De igual manera, para las comunidades indígenas reconocidas por el derecho como ejidos o comunidades, el amparo en materia agraria está relacionado con del derecho a la consulta. En los que respecta, este derecho es un derecho autónomo referido a cuestiones de medidas legislativas o administrativas que le afecten directamente[135] al pueblo indígena en cuestión[136] y que se ha constituido como un mecanismo de los pueblos indígenas en México para *tutelar sus otros derechos fundamentales.*[137]El concepto de consulta, según la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, comporta el establecimiento de un diálogo verdadero y genuino entre ambas partes, "caracterizado por la comunicación y el entendimiento, el respeto mutuo, la buena fe y el deseo sincero de llegar a un acuerdo".[138]

Surge en los asuntos de *i)* delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo del territorio, *ii)* el reconocimiento de la personalidad jurídica de la comunidad, *iii)* sobre los resultados previos de impacto ambiental y social, y *iv)* en relación a cualquier restricción a los derechos a la propiedad del pueblo respecto a planes de desarrollo o inversión que afecten el territorio del pueblo.[139] En el mismo sentido, la Corte Interamericana ha afirmado

---

[135] Calle Ayen, Fernando, "El derecho a la consulta previa", *Anuario de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, Universidad del Rosario- Fundación Konrad Adenahuer Stiftung, 2013, p. 335.

[136] Se considera que una medida legislativa o administrativa afecta directamente al o los pueblos indígenas cuando contiene aspectos que pueden producir cambios en la situación la situación jurídica o en el ejercicio de los derechos colectivos de tales pueblos.

[137] Serrano, César, *op cit.*, pp. 170 y 171.

[138] OIT, Informe del Comité establecido para examinar la reclamación en la que se alega el incumplimiento por Ecuador del Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, núm. 169, 1989, presentada en virtud del artículo 24 de la Constitución de la OIT por la Confederación Ecuatoriana de Organizaciones Sindicales Libres, Ref: GB.282/14/2, párrafo 38, en Informe 2011 de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, Observación General 2011 sobre la obligación de consulta. Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, núm. 169, 1989, Ref: ILC.100/III/IA, 16 de febrero de 2011.

[139] Corte IDH, caso del Pueblo Saramaka…, *cit.*, nota 107, párrafo 16. En el mismo sentido la Corte en el caso de la Comunidad Indígena Kichwa de Sarayaku determinó que la obligación de consultar a las comunidades y pueblos indígenas y tribales sobre toda medida administrativa o legislativa que afecten sus derechos reconocidos en la normatividad interna e internacional, así como la obligación de asegurar los derechos de los pueblos indígenas a la participación en las decisiones de los asuntos que le conciernan a sus intereses, está en

que la consulta previa debe concebirse como un verdadero instrumento de participación, que debe permitir establecer un proceso de diálogo y de búsqueda de acuerdos o de consensos, basado en principios de confianza y respeto mutuos.[140]

Como derecho fundamental, el Convenio 169 de la OIT, y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, establecen que la consulta previa es un derecho de los pueblos indígenas, pero no requieren a los Estados que lo incorporen en sus sistemas jurídicos con carácter de derecho fundamental o con determinado rango dentro de la jerarquía normativa interna.[141] Estos instrumentos internacionales mencionan las características y requisitos que deben reunir los procesos de consulta previa, con independencia de la ubicación de este derecho en el orden jurídico interno. De esta forma, en sintonía con lo establecido por el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las cortes o tribunales constitucionales han reiterado en el ámbito interno que la finalidad de la consulta previa consiste en llegar a un acuerdo u obtener el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas o administrativas que el Estado pretende adoptar, antes de que éste tome una decisión que pueda afectar a los pueblos indígenas.[142]

---

relación directa con la obligación general de garantizar el libre y pleno ejercicio de los de los derechos reconocidos en la Convención.

[140] Corte IDH, caso Pueblo Indígena Kichwa…, *cit.*, párrafos 167 y 186 y *Cfr.* Grueso Castelblanco, Libia Rosario, *El derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, libre e informada. Una guía de información*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, p. 21.

[141] Por ejemplo: Colombia, sentencia SU-039 de 1997, 3 de febrero de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell): "la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental"; Sentencia SU-383 de 2003, 13 de mayo de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis): "mediante el mecanismo de la consulta previa, que éste es un derecho fundamental, "pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social"; sentencia C-208 de 2007, 21 de marzo de 2007 (M.P. Rodrigo Escobar Gil): "5. […] En razón a su importancia política, a su compromiso con la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación, la doctrina constitucional le reconoce a la consulta previa el carácter de derecho fundamental en sí mismo".

[142] Por ejemplo: Colombia, sentencia C-366 de 2011, 11 de mayo de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva): "[El derecho a la consulta previa] tiene por objeto servir para que las comunidades tradicionales participen activamente en la definición de la medida legislativa relacionada directamente con sus intereses, a fin de propiciar un acercamiento que pretenda la concertación sobre el contenido del proyecto o política correspondiente"; Perú, sentencia STC N° 05427-2009-PC/TC, 30 de junio de 2010: "57. Como se puede apreciar, el dere-

Sobre este punto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha considerado que la protección efectiva de los derechos fundamentales de los pueblos y las comunidades indígenas requiere garantizar el ejercicio de ciertos derechos humanos de índole procedimental, principalmente el de acceso a la información, el de la participación en la toma de decisiones y el de acceso a la justicia. En ese sentido, todas las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, están obligadas a consultarlos antes de adoptar cualquier acción o medida susceptible de afectar sus derechos e intereses, consulta que debe cumplir con los siguientes parámetros: *a)* debe ser previa; *b)* culturalmente adecuada por medio de sus representantes o autoridades tradicionales; *c)* informada, y *d)* de buena fe. En el entendido que el deber del Estado a la consulta no depende de la demostración de una afectación real a sus derechos, sino de la susceptibilidad de que puedan llegar a dañarse, pues precisamente uno de los objetos del procedimiento es determinar si los intereses de los pueblos indígenas serían perjudicados.[143]

Pese a estos avances en el plano nacional e internacional, en el caso de nuestro país aún estamos en un escenario en el que es más común negar los derechos indígenas que reivindicarlos. Así, encontramos que la legislación se encuentra incompleta y cuando la Suprema Corte ha realizado un control de convencionalidad con los estándares internacionales, ha mal interpretado los derechos indígenas existentes en los estándares internacionales.

De esta forma, no hay que ignorar una doble problemática en la propia normativa interna que ha impedido hacer justiciables los derechos territoriales de los pueblos indígenas que tienen un impacto directo en la posibilidad de accionar un recurso que contemple de igual manera los derechos sociales. Por una parte, encontramos la imposibilidad que deriva de la propia Constitución al contemplar tanto el artículo 2o. como el 27 respecto a la

---

cho a la consulta previa e informada, tal cual se encuentra regulado en el Convenio 169, permite que a través del diálogo intercultural los pueblos indígenas sean tomados en cuenta al momento de la adopción de medidas que puedan afectar sus derechos o intereses. Dicha interacción tiene como finalidad incluir a un grupo humano históricamente postergado en el proceso de toma de decisiones públicas, y simultáneamente, busca otorgarle al Estado (o, eventualmente, al particular) aquella legitimidad que sus decisiones requieren para gozar de sostenibilidad en el tiempo. De esta forma, se garantiza que el desarrollo económico impulsado legítima- mente desde el Estado, no se contraponga, sino antes bien, se armonice con el derecho de los pueblos indígenas a su bienestar y desarrollo".

143 Suprema Corte de Justicia de la Nación. Comunidades y pueblos indígenas. Todas las autoridades, en el ámbito de sus atribuciones, están obligadas a consultarlos, antes de adoptar cualquier acción o medida susceptible de afectar sus derechos e intereses. Tesis 1a. CCXXXVI/2013 (10a.), Primera Sala, Libro XXIII, agosto de 2013, t. 1, Décima Época, tesis aislada (constitucional), p. 736.

protección de los pueblos indígenas el concepto de *tierras* y no el de *territorios,* como la normativa internacional lo ha destacado. En este sentido Eduardo Ferrer Mac-Gregor en su libro *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*[144] señala, sobre las omisiones de la propia constitución o imprevisiones constitucionales que:

> hasta hace poco tiempo no se había prestado mucha atención al fenómeno que se produce cuando algún asunto de relevancia considerable no ha sido contemplado en el texto constitucional y que "[c]onsiderando que a la fecha no se han implementado procesos constitucionales específicos para la corrección o cobertura de estas omisiones, cuando algún problema derivado de la falta de previsión de a propia norma fundamental ha sido sometido a la justicia constitucional, será el juez constitucional el que deberá solucionar la cuestión; para ello debe dotar de contenido las cláusulas abiertas o indeterminadas; acudir al derecho internacional, especialmente cuando se trata de derechos humanos; utilizar distintos tipos de interpretación o bien proceder a la integración de la norma.

Por otra parte la normatividad secundaria (Ley Agraria) que rige los derechos de los pueblo indígenas en lo relativo a los derechos sobre la tierra, es de igual manera deficiente y "acorde" al texto constitucional, pero esto conlleva a una *inconstitucionalidad por omisión legislativa,* entendiéndola como "la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, por un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de tal forma que se impide su eficaz aplicación".[145] De este modo la posibilidad de contar con un recurso en el ámbito de los pueblos indígenas para exigir sus derechos sociales vinculados con el territorio, deviene de la necesidad de adecuar la normatividad interna acorde a la concepción integral de los derechos de las comunidades étnicas en el ámbito internacional.

En este tenor habría que recordar, por ejemplo, lo dicho por la Corte Interamericana, en el caso Mayagna Sumo Awas Tigni sobre la adecuación del derecho interno a los estándares internacionales en materia de protec-

[144] *Cfr.* Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, México, Marcial Pons- UNAM, 2013, pp. 571-591.

[145] La omisión legislativa puede ser de dos tipos según su extensión. Será *absoluta* cuando exista una total ausencia de norma secundaria sobre un tema o precepto constitucional que deberá ser desarrollado legislativamente; o bien *relativa* cuando habiendo algún tipo de ejercicio legislativo, resulte incompleta o deficiente. Fernández Rodríguez, J.J. "Una aproximación al concepto de inconstitucionalidad por omisión" en Carbonell, Miguel (Coord.), *En busca de normas ausentes, ensayos sobre la inconstitucionalidad por omisión*, 2a. ed., México, UNAM, 2007, p. 86.

ción de los derechos de los pueblos indígenas, así, consideró que "para el caso de la propiedad indígena era necesario un procedimiento específico, que atendiera a las características especiales de la propiedad indígena".[146] Si bien este criterio surgió bajo la óptica de la ausencia en la legislación nicaragüense de procesos de delimitación y demarcación, "también de esta forma, queda establecida la obligación del Estado de tomar todas las medidas necesarias en el derecho interno para crear un mecanismo eficaz que tenga en consideración los aspectos culturales involucrados para un real goce y ejercicio del derecho a la propiedad indígena".[147] Conclusión que puede ser extrapolada a la obligación que tiene el Estado de asegurar efectivamente los otros derechos de las comunidades indígenas por medio de mecanismos eficaces y que tengan en consideración las particularidades culturales propias de las etnias. Esto teniendo en consideración que las disposiciones en materia de protección de derechos indígenas dice "en relación no sólo con el tema del derecho a la tierra, sino que también con el goce y ejercicio de otros derechos", todos los cuales debieran contar con recursos para su exigibilidad en el plano interno.[148]

En lo tocante a la consulta como mecanismo de garantía de derechos ancestrales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el amparo en revisión 631/2012, promovido por Jesús Ceviza Espinisa, Florentino Buitemea Yoquihua, Ignacio Jiménez Flores, Hipólito Jiocomea Yoquihua y Mario Luna Romero, autoridades tradicionales de la tribu Yaqui del Pueblo Vicam, Sonora, se pronunció por primera vez sobre la garantía de consulta. En este caso, las autoridades tradicionales reclamaban una autorización para la construcción del proyecto denominado "Acueducto Independencia", por desarrollarse en los municipios de Hermosillo, Mazatlán, Villa Pesqueira, Ures y Soyopa, en el estado de Sonora, que consistiría en la construcción y operación de una obra de toma vertical en la presa "El Novillo", una estación de rebombeo horizontal (cárcamo de bombeo), u acueducto de acero

[146] Corte IDH, caso Comunidad Mayagna…, *cit.*

[147] *Cfr.* Nash Rojas, Claudio, "Los derechos humanos de los indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana Derechos Humanos" en Aylwin J. (ed.), *Derechos humanos y pueblos indígenas. Tendencias internacionales y contexto chileno*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de la Frontera, Temuco-Chile, 2004, p. 12.

[148] No puede dejar de ser mencionado el hecho de que los recursos para hacer exigibles los derechos reconocidos a los pueblos indígenas deberán ser culturalmente accesibles, esto es, en cuanto a su presentación y tramitación. Deberán adecuarse a las tradiciones comunitarias, a la lengua, a las formalidades propias de la cultura y ser resueltos de acuerdo con un procedimiento adecuado a los fines perseguidos. Si no se cumple con estos requisitos los recursos no debieran ser considerados adecuados para la efectiva protección de los derechos indígenas.

para la distribución de agua nacional y una línea de trasmisión eléctrica, de esta forma, las autoridades tradicionales señalaban que en la construcción de esta obra no se había surtido un proceso de consulta y que, además, se afectaban las aguas del Río Yaquí que son importantes para comunidad como fuente de su cultura. Si bien la Suprema Corte confirmó la sentencia recurrida, podemos encontrar dos graves fallas: en primer lugar, la Suprema Corte de Justicia aborda el derecho a la consulta como parte del derecho a la garantía de audiencia consagrada en el artículo 14 constitucional.

Si bien es cierto que la consulta constituye un "diálogo constante" entre las autoridades indígenas y las autoridades, no es correcto considerar que la consulta constituye parte del derecho a ser oído, pues la jurisprudencia internacional la ha situado como derecho autónomo derivado como una de las garantías en los procesos de afectaciones a derechos territoriales indígenas. En segundo lugar, y quizá el elemento más grave del estudio de este asunto por la Suprema Corte, es que necesariamente se debía establecer de manera explícita como un alcance y efecto el *detener la operación del acueducto* hasta que no se le restituyera el derecho violado a la comunidad, ya que de otro modo podría hacerse ilusorio confirmar la sentencia por lo que la Suprema Corte pudo haber establecido como efecto que dejara de operar el acueducto hasta tanto se emitiera una nueva resolución en materia de impacto ambiental hasta que se realizara una consulta a la comunidad indígena.

Como podemos observar, pese a que en el ámbito internacional existen diversos pronunciamientos sobre la existencia de los derechos colectivos indígenas, podemos constatar que en México la legislación en materia indígena es deficiente, por la falta de armonización entre la Constitución y la ley secundaria inexistente, así como la mala interpretación y el establecimiento restrictivo de los efectos en los casos de consulta y la ausencia de una ley que regule los procedimientos de consulta en nuestro país. Todo esto, hace ver, o al menos da la idea, de que los derechos indígenas y los derechos de sus territorios no son ni prioridad ni un elemento en la agenda gubernamental.

No se desestima los avances logrados hasta el momento en nuestro país en materia indígena y aún menos la incidencia que han tenido en los pueblos afectados, sin embargo, la realidad es que normativamente los derechos territoriales de los pueblos indígenas deben tener plena efectividad, no sólo en el plano legislativo sino también en la realidad. De la misma manera, no se cuestiona que el recurso de amparo en materia agraria sea el mecanismo eficaz para hacer valer los derechos sobre la tierra y tener acceso a los recursos naturales que ella comprende, sin embargo, el escenario mexicano muestra que pese a que se han modificado ciertas disposiciones como la Ley de Amparo, la Constitución mexicana, se ha puesto en marcha el amparo

agrario y, además, la consulta, no es menos cierto que tanto las autoridades mexicanas siguen permitiendo que empresas y particulares invadan, destruyan, deforesten y eliminen territorios que, milenariamente, las comunidades indígenas en nuestro país han utilizado como fuente primaria de su cultura. Evidentemente el reto es colosal, pero precisamente en la medida que tengamos conciencia del valor que el territorio representa para los pueblos indígenas, serán verdaderamente reconocidos sus derechos ancestrales no sólo por las legislaciones sino también por la misma sociedad.

LA DETERMINACIÓN DE DERECHOS LINGÜÍSTICOS: DISEÑO DE PERITAJE POR ENCUESTA SOCIOLINGÜÍSTICA*

Alonso GUERRERO GALVÁN**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Contexto del peritaje*. III. *La solicitud del peritaje*. IV. *Diseño del peritaje lingüístico*. V. *El muestreo*. VI. *La encuesta*. VII. *Comentarios finales*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La sociología de la lengua es la disciplina a la que se le ha encargado el estudio de la relación entre la lengua y la organización social de una comunidad, tiene una función importante dentro de la planificación lingüística y educativa de distintas naciones[1]; aunque cada vez más la sociolingüística, particularmente en su enfoque variacionista, la está remplazando en éste ámbito, ya que describe más detalladamente el peso de los factores sociales en el cambio lingüístico.[2] El estudio de las lenguas en contexto de bilingüismo o diglosia, en una situación histórica particular se ha dejado en manos de la sociolingüística, incluso investigadores como Klaus Zimmerman afirman que el análisis de la función, uso y relación de determinadas formas lingüísticas

* Una versión preliminar de este trabajo fue presentada como ponencia en el *1er. Coloquio "Augusto Urteaga Castro Pozo", El peritaje antropológico: una visión multidisciplinaria*, convocado por el INAH por medio de la Coordinación Nacional de Antropología, la Dirección de Etnología y Antropología Social, y la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, celebrado en la ciudad de México del 10 al 13 de noviembre de 2009.

** Dirección de Lingüística del INAH.

1 Haugen, Einar, "Dialect, Language, Nation", *American Anthropologist*, vol. 68, 4, 1966; Fishman, Joshua A., "Conservación y desplazamiento del idioma como campo de investigación", en Garvin, Paul L. y Lastra, Yolanda, *Antología de estudios de etnolingüística y sociolingüística*, México, UNAM, 1974; y Lastra, Yolanda, "La situación lingüística en América", *Sociolingüística para hispanoamericanos. Una introducción*, México, El Colegio de México, 2003.

2 Labov, William, "Objetividad y compromiso en la lingüística: el proceso legal del inglés negro de Ann Arbor", *Estudios de sociolingüística*, México, UNAM, 2000; Ferguson, Charles A., "Diglossia", *Word*, 15, 1959.

en convivencia es tarea de una sociolingüística pragmática, que tendría que proponer tipologías y patrones comunes o, en su caso, universales.

La copresencia de hablantes de más de una lengua en un mismo territorio muchas veces tiende a ser conflictiva, como lo reportan los sociolingüistas catalanes,[3] pero tiene que ver con lo tensas que sean las relaciones sociales, étnicas, políticas y económicas de los pueblos en tal situación. En algunos casos involucra el enfrentamiento jurídico entre diferentes grupos y pueblos, lo que implica el trabajo pericial[4] y de lingüística forense.

En el caso mexicano, a pesar de la Ley General de Derechos Lingüísticos de los Pueblos Indígenas y el reconocimiento de sus lenguas como "lenguas nacionales" (Segob 2003), son muy diversas las condiciones históricas de cada comunidad, las cuales van desde un bilingüismo con diglosia donde el español es la lengua oficial-escrita que funciona como variedad alta y la lengua indígena como variedad baja hasta una situación de desplazamiento acelerado con bilingüismo emblemático o identidades étnicas que intentan recuperar su lengua de un pequeño grupo de ancianos "recordantes" que ya no se pueden considerar hablantes consuetudinarios, sino con un bilingüismo simbólico.[5]

En este trabajo se busca discutir las variables necesarias para un estudio pericial lingüístico en comunidades amplias, por medio de muestreos intencionados que intenten ser representativos, lo que nos aleja del estudio clásico de la lingüística forense enfocada en la identificación de locutores o de la competencia lingüística de un solo hablante. Para ejemplificar este trabajo nos centraremos en el diseño del peritaje lingüístico que se realizó en la comunidad otomí de San Ildefonso Chantepec, municipio de Tepeji del Río, en el estado de Hidalgo.

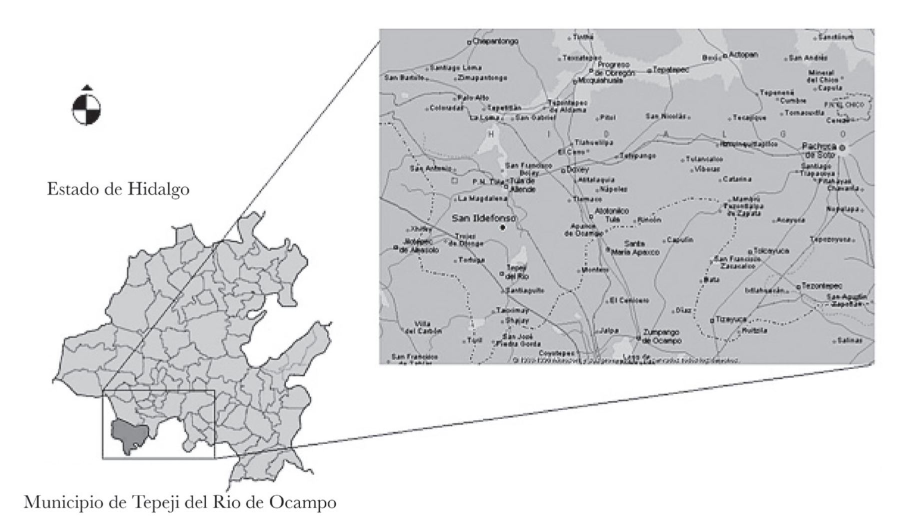
---

3 Bastardas, Albert y Boix, Emili, *¿Un Estado una lengua? La organización política de la diversidad lingüística*, Octaedro, 1994.

4 En términos del derecho mexicano el perito es definido como un tercero "que emita su opinión sobre los puntos controvertidos, a efecto de lograr que las partes concilien sus intereses" (Segob 2006, 3a. sección: 36).

5 Fishman, Joshua A, *op. cit.*

Figura 1. Ubicación de San Ildefonso*



* Diseño a partir de Microsoft Encarta (1988-1996) y la Enciclopedia de los Municipios (SEGOB 2005)

II. Contexto del peritaje

La comunidad de San Ildefonso (SICH) ha sido históricamente poblada por otomíes, fue establecida como pueblo de visita de Tepeji del Río (*tepexic*, 'despeñadero'), población fundada por los franciscanos en 1558 para congregar a los otomíes de Otlaxpa y a los nahuas de Tepexic (Segob 2005), durante la colonia la región se pobló con haciendas agro-ganaderas que captaron gran parte de la población indígena. El archivo parroquial de SICH aún conserva documentos históricos de los siglos XVI al XIX (figura 2), algunos con glosas en lengua otomí, lo que comprueba la antigüedad del asentamiento cuyo origen se ha perdido en la tradición oral.[6]

---

6 Como escribe Adela Clava "mi pueblo conocido antiguamente como Chantepec… No sé exactamente el verdadero origen ni desarrollo… lo poco que sé, es lo que contaban mi padre y mi madre antes, a través de lo que hubieron oído y escuchado de sus padres y abuelos… que nosotros los del pueblo vivían en un alto llano, donde no había mucho cómo atajarse del viento frío y que por eso los del pueblo buscaron dónde protegerse del frío… se establecieron temporalmente donde conocemos como 'el Potrero', donde lindamos con el pueblo de Santa María Magdalena; 'los cebolleros' les decimos cuando nos llaman 'boncho' … Lo cierto es que nadie conoce con certeza de dónde provenimos". Clava Reyes, Adela, Ra hua ra hiä. *Alas a la palabra*, Conaculta, México, 2008.

Figura 2. Fragmento del Título primordial de San Ildefonso, siglo XVII



Foto: David Pérez, 2009.

El santo patrón de la comunidad es nombrado "dada Boncho", como resultado de la traducción y adecuación fonológica de su nombre "padre Ildefonso", el sistema fónico del otomí clásico carecía de laterales y de la fricativa alveolar sorda, por tal razón los habitantes de otras comunidades y mestizos de la región denominan "bonchos" a sus habitantes, este término llegó a ser sinónimo de pobreza y de hablante de otomí; don Juan[7] refiere que en la comunidades vecinas se les decía "eres boncho, hablas como perro… vete allá con los bonchitos".

Lo anterior nos habla de una relación dominical entre los habitantes de SICH y los de las comunidades vecinas, sobre todo de las poblaciones vecinas de San Miguel (muy cercana a la ciudad de Tula) y la cabecera municipal, lugar al que los de San Ildefonso migran desde los años ochenta para recibir la educación media superior, ya que en la comunidad sólo se encuentran escuelas de educación básica (un jardín de niños y una primaria) y media (una secundaria).

Según los datos del INEGI (cuadro 1), la población de SICH es cercana a los 4,000 habitantes, aunque los pobladores estiman una cantidad cercana a los 10,000 individuos, contando a los trabajadores migrantes y

[7] Los nombres de los colaboradores han sido sustituidos por seudónimos para mantener su anonimato.

al creciente número de emigrados, pero es una cifra que excede por mucho la población estimada oficialmente.

CUADRO 1. DATOS POBLACIONALES SEGÚN EL INEGI

	Censo 2000	*Conteo 2005*
Población total del municipio de Tepejí del Río O.	69,755	61,375
Población total de San Ildefonso	3,875	3,674
Población de 5 años y más, hablante de lengua indígena	2,826	2,500

Según las cifras oficiales, la mayoría de los hablantes de otomí son bilingües, sólo cinco se presumen como monolingües y 24 no se especifican (cuadro 2), lo que nos llevaría a suponer una situación en la que el grupo y su lengua ha sido minorizada, es decir que se mantiene un creciente número de bilingües mientras que hay una disminución de monolingües. Esta situación se ha acrecentado a partir de los años setenta cuando se comenzó a operar el corredor industrial Tula-Tepeji, ya que las más de 76 empresas que operan en él han captado mucha mano de obra (temporal y permanente) de poblaciones vecinas como SICH, aunque también han dejado honda huella en la ecología de la región.[8]

CUADRO 2. POBLACIÓN INDÍGENA EN SAN ILDEFONSO

	Conteo 2005
Población en hogares indígenas	3,591
Población de 5 años y más, hablante de lengua indígena y española	2,471
Población de 5 años y más, no hablante de español	5
Población de 5 años y más, analfabeta	236
Promedio de escolaridad	6.84
Total de viviendas en San Ildefonso	728

8 Según lo reporta Eduardo González (2009) este corredor es considerado "como una de las zonas más contaminadas del país y del continente… De acuerdo con la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa), cerca de 50 por ciento de las empresas no están certificadas como "industrias limpias". Entre los negocios están la planta termoeléctrica de la Comisión Federal de Electricidad (CFE)".

III. La solicitud del peritaje

La comunidad de SICH se encuentra dividida políticamente en distintas facciones, pero se ha mantenido organizada por lo menos desde los años noventa en que comenzó un proyecto de radio comunitaria que trasmitiera en lengua otomí, ésta fue clausurada y los transmisores decomisados tras el levantamiento Zapatista de 1994, posteriormente se conformaron como una Asociación Civil denominada "Desarrollo Comunitario y Cultural *Ma Nguhe*" con el fin de reabrir la radio (XHDCC 97.3 FM "Radio cultural comunitaria, *gi ne gä b'u he th'o*, queremos seguir viviendo"), pero asumió como propias todas las demandas políticas de la comunidad y en 2006 irrumpieron en el ayuntamiento de Tepeji del Río[9] para solicitar servicios básicos de drenaje, agua potable, electricidad y pavimentado. En noviembre de ese mismo año la familia Cruz Rivas, militante de la organización, presentó una queja ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos porque las autoridades municipales de Tepeji y de Tula le negó el registro de su hija con un nombre otomí (*Doni Zänä*, 'Flor de Luna') por tener caracteres que no se encontraban "en el sistema".

La asociación buscó asesoría legal en la Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C. (ODI) y lograron el registro el 13 de abril de

[9] "El día de ayer, 18 de octubre del 2006, se perpetró con extrema ostentación, una ominosa violación al recinto oficial de sesiones del Honorable Ayuntamiento… A las 17:00 Horas se debía llevar a cabo la Décimo Séptima Sesión Ordinaria. Los miembros del Ayuntamiento nos acomodábamos para dar inicio, cuando se empezaron a escuchar una consigna a coro que decía "Exigimos solución"… miembros de Seguridad Pública con equipo incipiente de fuerza de tarea formando un(a) valla de contención para impedir el paso de los manifestantes… de la comunidad de San Ildefonso y también observé que algunos se acercaron a la puerta como grupo de comisión para solicitar el acceso… penetraron un conjunto aproximado de 10 ciudadanos de San Ildefonso Chantepec, se pusieron de frente del ciudadano presidente y los síndicos, dando las espaldas a la sección de Regidores y dialogaron. Los regidores de la sección plurinominal sólo a medias comprendimos de lo que se trataban los reclamos de los ciudadanos de la comunidad de San Ildefonso. Fue sólo un intercambio de reclamos y peticiones entre el presidente y el grupo de manifestantes que le hacían bola alrededor... el presidente, el síndico jurídico y el asesor jurídico llegaron a un acuerdo con la comisión mientras más de un centenar de ciudadanos de San Ildefonso permanecieron afuera, eso sí, en orden. Después de llegar a "acuerdos", una comisión de ciudadanos, el síndico jurídico y el asesor jurídico se trasladaron a un cubículo a redactar el acta… Y a nosotros los Regidores: nada. Ninguna explicación, ninguna palabra. Nada. Paso el tiempo, eran casi las 22:00 horas y pasaron a firma la minuta de acuerdos con espacio para firma de todos los miembros del Ayuntamiento y los de la comisión de San Ildefonso", en *Regidores plurinominales del Honorable Ayuntamiento de Tepeji del Río*, 19 de octubre de 2006, en *http://regidores-tepeji-del-rio.blogspot.com/2006/10/la-tentacion-de-la-represion.html* [consultada el 12 de octubre de 2009]

2007, haciendo que se modificara el sistema de cómputo de los 84 municipios del estado. A finales de ese mismo año publicaron, con ayuda de la CDI, un "curso básico de la lengua *hñähñu* en 20 lecciones", las cuales transmitieron en su radio a partir del domingo 4 de noviembre de ese mismo año.

Miembros de la A.C. formaron la Organización *Hñähñu* para la Defensa de de los Pueblos Indígenas A.C. (OHDPI), y se fijó en su acta constitutiva "alcanzar el debido reconocimiento jurídico de nuestra población como una población indígena"[10] y en conjunto con la ODI elaboraron un documento en el que solicitaron al embajador Alfonso de María y Campos Castelló, director general del Instituto Nacional de Antropología e Historia, que se realizara un "dictamen en ciencias antropológicas con el propósito de poder… explicar [qué] elementos etnolingüísticos, etnohistóricos y etnoarqueológicos [son] propios de la población de San Ildefonso".[11] El caso fue turnado a la Subdirección de Etnografía, particularmente al Equipo Hidalgo del proyecto de "Etnografía de los pueblos indígenas en el nuevo milenio", para comenzar un peritaje antropológico a partir del mes de septiembre del presente año.

IV. Diseño del peritaje lingüístico

Después de revisar bibliografía y consultar a especialistas,[12] se llegó a la conclusión de que era necesario tratar tres aspectos centrales en la elaboración del peritaje:

1. Analizar el uso de las lenguas a por medio del estudio de los dominios lingüísticos,
2. Ponderar las actitudes y creencias sobre las lenguas habladas en SICH.

---

10 Cruz, 2009.

11 La organización tiene contacto con varias bandas de viento, así como con una orquesta sinfónica de personas originarias de la comunidad, coordinan un taller de tejido tradicional en telar de cintura y hacen demostraciones y venta de artesanías. *Idem*.

12 Martín Butragueño, 2009; Coronado *et al*., 1984, 1999; Pellicer 1988, 1999; Bastardas y Boix *op. cit.*; Hekking 1995; Silva Corvalán, Carmen, *Sociolingüística y pragmática del español*. Georgetown University Press, Washington, 2001; McMenamin 2002; Cienfuegos 2004, 2005; Zimmerman 2009.

Libro completo en
http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=4093

3. Hacer una descripción detallada de las características dialectales de la variante de SICH.

Los primeros dos temas son en los que se centra el presente trabajo y se considera que la mejor forma de estudiarlos es por medio de una encuesta, la cual servirá para hacer un análisis cuantitativo de los datos; mientras que el tercer tema, se debería hacer por medio del análisis de textos, así como con la observación participante y la elicitación con distintos hablantes desde una perspectiva cualitativa.

V. El muestreo

Debido a que nuestro interés radica en determinar el comportamiento lingüístico de la comunidad en general se decidió hacer un muestreo homogéneo, para comparar los datos resultantes con las variables independientes de sexo, edad y nivel educativo. En este sentido se optó por un muestreo intencionado que intenta ser representativo de la situación social de la comunidad.

Cuadro 3. Celdas del muestreo

Educación	*0 años*		*1-3 años*		*4-6 años*		*7-10, 11 o más años*	
Edad	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres	Hombres	Mujeres
15-25 años								
26-50								
51 o más								

Sobre el problema de la representatividad podemos decir que tomamos como parámetro el total de habitantes de SICH (3,674) para determinar la extensión de la muestra, el parámetro ideal para comunidades urbanas es de 0.025% (91.85) o de 0.01% (36.74), por lo que se debería optar por una muestra de entre 50 y 100 colaboradores, sin llegar a 30% (1102.2) que es el que toman en cuenta algunas instituciones para indicar que un determinado proyecto es representativo de la comunidad. En nuestro caso, para mantener un muestreo equilibrado, se optó por analizar 72 encuestas.

VI. La encuesta

Dentro de la encuesta se trataron de cubrir los siguientes aspectos *1*. Datos sociodemográficos. *2*. Socioeconómicos. *3*. Adquisición y competencia lingüística. *4*. Uso de las lenguas y dominios lingüísticos. *5*. Actitudes y creencias. *6*. Identidad y cultura, y *7*. Variación lingüística. Agradezco los comentarios de Armando Mora, Leonor Orozco y Pedro Martín Butragueño con respecto a estas temáticas. Las preguntas guía fueron elaboradas por el que escribe con la ayuda de Berenice Morales y Ewald Hekking, fueron sometidas a una prueba piloto con cinco hablantes de la comunidad, lo que permitió corregirlas, ampliarlas y reordenarlas.

1. *Datos sociodemográficos*

En este apartado se busca registrar por un lado las variables independientes de sexo, edad y escolaridad, al mismo tiempo que se intenta saber si el encuestado ha tenido periodos de convivencia extracomunitaria, determinado su domicilio actual y el tiempo más largo que ha estado lejos de la comunidad.

Preguntas guía:

1. Nombre, género, edad, escolaridad, estado civil y lugar de nacimiento (pre-estratigráficos).
2. Lugar de la entrevista.
3. ¿Ha salido muchas veces de su comunidad? ¿A dónde?
4. ¿Cuánto tiempo ha estado fuera de su comunidad de origen?

2. *Socioeconómicos*

El objetivo es identificar qué actividad o actividades económicas realizan, además de si el encuestado es un migrante y qué tipo de migración hace. Factores que junto con los sociodemográficos pueden servir para hacer una posterior estratificación de la muestra.

5. ¿Realiza alguna actividad económica?
6. ¿Durante el último año usted ha migrado para trabajar?

7. ¿Cuándo viaja para trabajar, se queda en una sola ciudad? Sí (estacionaria). No, dos o más en temporadas diferentes (temporal). No, diferentes ciudades hasta volver a donde comencé a trabajar (circular).
8. ¿Cuánto tiempo dedica a las actividades de subsistencia?
9. ¿Aproximadamente de cuánto es su ingreso mensual?

3. *Adquisición y competencia lingüística*

Busca esclarecer la competencia lingüística del encuestado, a qué edad adquirió las lenguas que habla (cuál es su L1 y cuál su L2), si fue una adquisición instrumental o identitaria y si cree dominar ambas lenguas de la misma manera, de igual forma se establecerá si se trata de una persona alfabetizada (lecto-escritura) en alguna de las dos lenguas o en las dos.

10. ¿Qué lenguas habla?
11. ¿Dónde aprendió el otomí? ¿Dónde aprendió el español? ¿A qué edad?
12. ¿Cuál lengua cree que habla mejor? ¿Cuál lengua entiende mejor? ¿En cuál lengua piensa (sin hablar)? ¿En cuál lengua sueña (las personas de sus sueños en que lengua hablan)? ¿En cuál lengua hace cuentas?
13. ¿Lee el español? ¿Escribe el español? ¿Lee el otomí? ¿Escribe el otomí?

4. *Uso de las lenguas y dominios lingüísticos*

Este apartado se divide en dos tipos de preguntas, la primera se interesa por identificar los interlocutores que tiene en cada una de las lenguas en términos de la familia nuclear y extensa, parentesco ritual, amigos y extraños, intentando hacer una gradación en términos de una mayor o menor solidaridad. De igual manera se inquiere si hay una diferencia en el uso de la lengua con respecto a los hijos, por ser mayores o menores.

14. ¿Qué lengua habla con...?

	(parentesco)	*(nuclear)*	*(extensa)*	*(ritual)*		
	familia	mamá	abuela	compadres	amigos	extraños
		papá	abuelo			
		hermanos	tíos			
		hermanas	tías			
	pareja	hij@ mayor	primos			
	suegro	hijos, hijas	primas			
	suegra	hij@ menor	nuera			
		niet@	yerno			
Familiaridad (solidaridad)	+					-

El segundo tipo de preguntas indaga sobre los dominios de uso de las lenguas y quiénes podrían ser los interlocutores en ellos. Se trata de explorar relaciones sociales de poder y solidaridad. Lo anterior para ver si hay un uso determinado de una lengua por la preferencia del hablante o si es impuesto por el interlocutor, si hay complementariedad de dominios o traslape.

15. ¿Qué lengua uliliza cuando...?

	(dominio)	*(parentesco)*	*(ritual)*				
	casa	familia	compadres	amigos	extraño		
	calle						
	trabajo					compañeros	jefe
	mercado						comerciantes
	ciudad						autoridades
	comunidad						delegado
	escuela						profesores
	iglesia						sacerdote
	clínica						médico
	fiestas						curandero
	juntas						secretarios
	futbol				equipo contrario	equipo	árbitro
Familiaridad (solidaridad)							-
							+ poder

5. *Actitudes y creencias*

En este apartado se pregunta sobre las creencias individuales de la lengua oral y escrita, se pretende conocer el prestigio lingüístico y la actitud que tiene el hablante con respecto a las lenguas o los juicios y valoraciones de los que ha sido objeto por hablar una u otra lengua. Se cuestiona la "utilidad" de las lenguas y de su uso en los medios masivos de comunicación, así como en distintos procesos legales, los derechos lingüísticos y la educación. Esta sección incluye preguntas que dan pistas sobre la necesidad de difusión o fortalecimiento de la lengua en estos dominios y sobre la identidad étnica de los encuestados.

17. ¿Le interesaría…?

18. ¿Por qué?

(lengua)	*(dominio)*	*(uso)*	*(actitud)*
español	radio	hablar	útil
otomí	tv	leer	fácil
	libros	escribir	
	revistas		

19. ¿Crée usted que...?

20. ¿En qué lengua le gustaría...?

(lengua)	*(dominio)*	*(uso)*	*(interlocutos)*	*(actiud)*
español	escuelas	dejar de hablar	profesor	útil
otomí	textos	tienen derecho	mestizos	fácil
inglés	exámenes	discriminación	sacerdote	ventajas
	trámite legal	enseñanza	policía	feo
	juzgado	no debe hablarlo	autoridades	obligado
		difundir	compadres	

6. *Identidad y cultura*

Se cuestiona sobre el conocimiento que se tiene sobre la propia cultura y lo identificado o apegado que se siente a ciertos lazos intra o extracomunitarios. Al preguntar sobre si ha ocupado algún cargo se persigue conocer el estatus que el encuestado tiene en su comunidad.

21. ¿Cree que las que costumbres otomíes son distintas a las de los mestizos?
22. En caso de responder sí, mencione tres aspectos en los que son diferentes.
23. ¿Ha ocupado algún cargo en su comunidad?
24. ¿Puede mencionar tres aspectos que lo identifiquen con la cultura *Nnähñu?*

7. *Variación lingüística*

Con esta serie de preguntas se pretende saber qué tan consciente está el entrevistado de las diferencias dialectales del otomí y cuál es el valor que le asigna a su variante con respecto a otras, así como saber si identifica algún cambio lingüístico en relación a las generaciones (tiempo aparente) y de qué tipo.

25. Mencione tres lugares donde sabe que se habla el otomí.
26. ¿Quiénes hablan mejor el otomí?
27. ¿Cree que el otomí que hablan los jóvenes es distinto al que hablan los ancianos?
28. ¿Cree que ha cambiado el otomí últimamente?
29. En caso de responder sí, ¿podría poner un ejemplo?
30. Mencione tres cosas que cree que han producido ese cambio.

El objetivo de todas estas preguntas es identificar la jerárquica de los dominios lingüísticos y los valores identitarios que vehiculan, con el fin de obtener un esquema de las estrategias de uso de las lenguas en un determinado dominio o situación comunicativa para así determinar su *habitus lingüístico*.

En otras palabras, las actitudes que tiene el hablante y su comportamiento lingüístico se generan a partir de estructuras cognitivas y pragmáticas (*habitus*), que se han ido moldeando históricamente en el grupo cultural al que pertenece, involucran tanto el pensamiento como la acción o reacción a cierta situación lingüística. Asimismo, el hablante se forma una serie de ideas acerca de otras lenguas y sus hablantes (creencias), que le ayudan a identificar y valorar sus propias características étnicas, culturales y lingüísticas (identidad), haciéndose muchas veces consciente de la variación que hay entre él, su grupo familiar o comunal, y el habla de otras comunidades o localidades vecinas. El conocimiento de cómo se configuran estos *habitus* y su estudio detallado nos permitirán saber cuál es el estado de uso en que se encuentra una lengua y cuál es la valoración que se le da en términos sociales.

Los dominios de uso que se encuentran en la encuesta fueron definidos a partir de la experiencia etnográfica y etnológica que recopiló y analizó el autor, se plantearon a partir de los posibles interlocutores y los espacios físicos y simbólicos que pueden existir en la realidad mexicana; aunque no pretende ser exhaustiva, busca explorar los campos más explícitos de interacción entre los hablantes de una comunidad dada.

Cada uno de estos dominios lingüísticos implica un nodo de relaciones sociales y simbólicas, por lo que podríamos considerar que representan en sí mismos a distintos campos de uso de la lengua, pues según Bourdieu[13] "la estructura de un campo es un estado de relación de fuerzas entre los agentes o las instituciones que intervienen en la lucha o, si ustedes prefieren, de la distribución del capital específico que ha sido acumulado durante luchas anteriores y que oriente las estrategias ulteriores". El capital lo representan las lenguas específicas,[14] en nuestro caso el otomí y el español, pues su uso implica la puesta en práctica de un sistema de valores, creencias, juicios y prejuicios que es transmitido (endoculturado y/o aculturado) junto con la lengua, por lo que generalmente implica la búsqueda de un uso lingüístico adecuado, y en ocasiones ventajoso, en cierto campo.[15]

---

[13] Bourdieu, Pierre, *¿Qué significa hablar? Economía de los intercambios lingüísticos*, Madrid, Akal Universitaria, 2008, p. 110.

[14] "Todo acto de habla, y en general toda acción, es una coyuntura, una concomitancia de series causales independientes: por un lado, las disposiciones, elaboradas socialmente, del *habitus lingüístico*, que implican cierta propensión a hablar y a decir determinadas cosas (interés expresivo) y cierta capacidad de hablar definida al mismo tiempo como capacidad lingüística de producir infinitos discursos […] y como capacidad social que permite usar adecuadamente esta competencia en una situación determinada; por otro las estructuras del mercado lingüístico se imponen como un sistema de sanciones de censuras específicas". *Ibidem*, p. 12.

[15] "El origen del sentido objetivo que se genera en la circulación lingüística está, en primer lugar, el valor distintivo de que resulta de la relación que establecen los locutores, consciente o inconscientemente, entre el producto lingüístico que oferta un locutor socialmente caracterizado y los productos que un espacio social determinado propone simultáneamente. Hay que tener en cuenta también que el producto lingüístico sólo se concretiza como mensaje si es tratado como tal —es decir, descifrado— y que los esquemas de interpretación que los receptores ponen en marcha, su apropiación creadora del producto propuesto puede encontrarse más o menos alejados de los que han orientado su producción. Por medio de estos efectos, inevitables, el mercado contribuye a construir no sólo el valor simbólico, sino también en el sentido del discurso". *Ibidem*, pp. 12 y 13.

ESQUEMA DE LOS DOMINIOS Y *HABITUS* LINGÜÍSTICOS

Su configuración particular dependerá de las condiciones históricas y sociolingüísticas de cada comunidad, cada una representa distintos grados en las fuerzas que participan de la interacción, que van de *a)* un nivel doméstico, que tiene como escenario la casa, que implica un nivel personal, relacionado con la familia (con interlocutores como los padres, tíos, padrinos, etcétera), a *b)* un nivel comunitario, donde se sitúan las fiestas, las juntas (con interlocutores como delgados, los especialistas rituales), y a *c)* un nivel más amplio como el municipio, la región y el Estado. Los resultados se presentan siguiendo el esquema de campos anterior, el cual es estructurado dependiendo de la comunidad de estudio, la idea es representar el *habitus* lingüístico relatado por los informantes en cuanto a la selección y uso de una o varias lenguas en cada campo.

VII. COMENTARIOS FINALES

Generalmente el peritaje lingüístico es realizado para determinar el grado de adquisición, confianza o manejo de una lengua, la capacidad que tiene un hablante para manejarla en la interacción, de entender y de comunicarse, por lo que se planea una prueba de medición basada en un proceso so-

ciocomunicativo "cara a cara" (una entrevista), para con ello determinar su nivel de bilingüismo, aunque suele limitarse a determinar si es "suficiente" o "insuficiente", de la misma manera en que se rigen otros procesos penales. Se busca establecer si el individuo tiene la capacidad de responder preguntas (directas e indirectas), de describir un acontecimiento, incluyendo los objetos, las personas y las situaciones involucradas, así como si le es posible entender un texto leído en voz alta con terminología jurídica, tal como una sentencia.

En el caso aquí presentado este tipo de análisis es inviable porque se trata de una comunidad bastante grande y no es posible evaluar la competencia comunicativa de todos los hablantes encuestados, ya que la prueba tendría que realizarse tanto para el otomí como para el español, aunque es necesario tomar nota de estos aspectos en los colaboradores entrevistados para destacar rasgos que resulten muy prominentes o "característicos" en el uso de cualquiera de las dos lenguas.

El caso de SICH es muy particular ya que pocas comunidades apelan a un reconocimiento colectivo de su comportamiento lingüístico, SICH ha sufrido de un desconocimiento y violación constante de sus derechos lingüísticos y culturales, por parte de la municipalidad y sus autoridades, por tal motivo la comunidad requiere de un peritaje que la reconozca como grupo, que haga manifiesta su estructura comunitaria y su patrimonio intangible, específicamente su particularidad lingüística. En ese sentido, un perito lingüista podría conformar su dictamen basándose exclusivamente en las estadísticas publicadas por el INEGI y por el INALI, en su catálogo de lenguas, incluso identificar su comunidad como una población que históricamente se ha identificado como otomí. No obstante, en el presente trabajo se busca tener un acercamiento más sociolingüístico que dé cuenta del comportamiento asociado a las distintas lenguas que se hablan en la comunidad, quiénes son los interlocutores y cuáles sus dominios lingüísticos, para con ello conformar una descripción detallada del uso de las lenguas y su variación y valoración social.

Es necesario terminar diciendo que el peritaje lingüístico no posee una única herramienta de medición o catalogación de situaciones de diglosia, bilingüismo, contacto de lenguas o desplazamiento lingüístico, sino que existen muchas teorías y metodologías para tratar el problema. Desde mi punto de vista, todo indica que el enfoque sociolingüístico nos permite hacer una evaluación de la naturaleza social del lenguaje de manera muy sistemática y objetiva, por lo que creo que la puesta en marcha de un abordaje por muestreo como herramienta pericial es muy pertinente en la discusión actual de la lingüística forense y las metodologías de análisis cuantitativos.

VIII. Bibliografía

Bastardas, Albert y Emili Boix, *¿Un Estado una lengua? La organización política de la diversidad lingüística*, Octaedro, 1994.

Bourdieu, Pierre, *¿Qué significa hablar? Economía de los intercambios lingüísticos*, Madrid, Akal Universitaria, 2008.

——— *Sociología y cultura,* México, Grijalbo, 1990.

Clava Reyes, Adela, *Ra hua ra hiä. Alas a la palabra*, Conaculta, México, 2008.

Ferguson, Charles A., "Diglossia", *Word*, 15, 1959.

Fishman, Joshua A., "Conservación y desplazamiento del idioma como campo de investigación", en Garvin, Paul L. y Lastra, Yolanda, *Antología de estudios de etnolingüística y sociolingüística*, México, UNAM, 1974.

Haugen, Einar, "Dialect, Language, Nation", *American Anthropologist*, vol. 68, 4, 1966.

Lastra, Yolanda, "La situación lingüística en América", *Sociolingüística para hispanoamericanos. Una introducción*. México, El Colegio de México, 2003.

Labov, William, "Objetividad y compromiso en la lingüística: el proceso legal del inglés negro de Ann Arbor", *Estudios de sociolingüística*, México, UNAM, 2000.

Regidores plurinominales del Honorable Ayuntamiento de Tepeji del Río, 19 de octubre de 2006, en *http://regidores-tepeji-del-rio.blogspot.com/2006/10/la-tentacion-de-la-represion.html* [consultada el 12 de octubre de 2009]

Silva Corvalán, Carmen, *Sociolingüística y pragmática del español,* Washington, Georgetown University Press, 2001.

LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917 Y SUS TRANSFORMACIONES

DEL CIELO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS A LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN MÉXICO*

Ariadna Fernanda TOVAR RAMÍREZ**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los derechos humanos: vocación transformadora para una Constitución tímida en materia de derechos de las mujeres*. III. *El marco internacional de los derechos humanos de las mujeres: debida diligencia en casos de violencia*. IV. *Superar la brecha entre teoría y práctica: aplicación del principio de debida diligencia en la vida cotidiana de las mujeres*. V. *El Estado debe dar a las mujeres más que teoría: de los conceptos a la aplicación*.

I. INTRODUCCIÓN

Aunque la Constitución mexicana consagra algunos derechos dirigidos a garantizar la igualdad para las mujeres, la realidad dista en mucho de lo que dice el papel. Las mujeres siguen siendo uno de los grupos de población más discriminados, excluidos y violentados en México. A pesar de los avances en la generación de legislación, regulaciones y protocolos dirigidos a luchar contra la discriminación, así como a prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, ambas violaciones de derechos persisten en todas sus formas. La situación se agrava cuando una mujer además de ser mujer, pertenece a otro grupo que también enfrenta la exclusión: mujeres indígenas, mujeres migrantes, mujeres de zonas rurales, mujeres afrodescendientes, mujeres con orientación sexual diversa, mujeres con discapacidad, etcétera.

No basta la adopción de políticas si los agentes estatales encargados de ponerlas en marcha no tienen la voluntad o la capacidad para hacer que los

* En referencia al escrito de Rudolf von Ihering titulado "En el cielo de los conceptos jurídicos. Una fantasía".

** Abogada y maestra en derecho por la Universidad de los Andes.

derechos de las mujeres sean efectivamente garantizados. Al desafío consistente en llevar las normas a tener un efecto práctico en la vida real y cotidiana de las mujeres, se suma la reticencia a aplicar en toda su dimensión los tratados internacionales que consagran derechos humanos y que abren la puerta a una aplicación más amplia del marco de protección constitucional.

La necesidad, oportunidad, y ahora obligación tras la interpretación que hizo la Suprema Corte de Justicia sobre el artículo 1o. de la Constitución, de ampliar la protección constitucional a los derechos humanos, incluidos los de las mujeres, por medio de la aplicación de los tratados internacionales se hace cada día más evidente.

En este artículo voy a sostener que para pasar de un cielo de conceptos jurídicos a una aplicación efectiva de los derechos a la igualdad y a la autonomía de las mujeres, es necesario empezar a aplicar con rigurosidad y sin reticencias los estándares de derechos humanos de las mujeres que se han establecido en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

En una primera parte me voy a referir al marco constitucional que abre la puerta a una interpretación más garantista de los derechos de las mujeres. En una segunda parte me referiré a los estándares de debida diligencia en casos de violencia extrema contra la mujer en el marco internacional de derechos humanos. Después, me referiré a algunos casos de violencia contra las mujeres en México y a la forma como se han acercado los agentes del Estado a ellos. Por último, me referiré a la conducta que debería desplegar el Estado mexicano y sus agentes, para cumplir en debida forma con la protección de los derechos fundamentales y humanos de las mujeres.

II. Los derechos humanos: vocación transformadora para una Constitución tímida en materia de derechos de las mujeres

La Constitución mexicana de 1917 se refiere sólo en tres ocasiones a derechos u obligaciones que aplican concretamente o incluyen a las mujeres. En primer lugar, en el artículo 1o. reconoce explícitamente el derecho de todas las personas a no ser discriminadas, incluyendo, por razón de género.[1]

Dado que el género es una construcción social que determina cómo la sociedad espera que una persona de determinado sexo se comporte, esta cláusula es más general que particular. Es decir, cubre tanto el derecho de

[1] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 1o., parágrafo 5. Parágrafo reformado por medio del decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

las mujeres como de los hombres, a no ser personas discriminadas cuando asumen conductas, roles o expresiones, o toman decisiones que no son los que se esperarían de ellas socialmente.

De acuerdo con la cláusula del artículo 1o. de la Constitución, el Estado mexicano se ha comprometido expresamente a respetar (no violar), proteger (evitar que sea violado por particulares), y promover y garantizar (tomar medidas idóneas para ello) la identidad y expresión de género de las personas. Es decir, no se puede discriminar a quienes se definen como mujeres o se expresan como tales, a quienes se definen como hombres o se expresan como tales, a quienes no se identifican con las categorías de hombre y mujer ni a quienes se identifican como mujeres u hombres, pero no siguen los parámetros de comportamiento impuestos socialmente.

No obstante que es de aplicación general, el artículo 1o. tiene una importancia particular para las mujeres pues históricamente han sido un grupo excluido y discriminado, al igual que las personas que tienen una identidad o una expresión de género distinta a la que socialmente se espera en razón a su asignación biológica como hombre o mujer.

Por otra parte, el artículo 2o. de la Constitución sobre comunidades indígenas, hace referencia al derecho a la igualdad de las mujeres indígenas al interior de sus comunidades.[2]

Por último, el artículo 4o. de la Constitución se refiere, de una parte, a la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, y de otra, al derecho de toda persona a escoger libre, responsable y de forma informada sobre el número e intervalo entre hijos.[3] Este último apartado es uno de los fundamentos de los derechos sexuales y de los derechos reproductivos. Y aunque estos derechos no son exclusivos de las mujeres, también les han sido tradicionalmente negados más a ellas y a otros grupos excluidos.

Además de las anteriores cláusulas constitucionales, como a toda persona, a las mujeres también le son aplicables otros derechos como la vida, la personalidad jurídica, la integridad personal, la protección de la familia, el nombre, la nacionalidad, los derechos políticos, las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar una religión, las prohibiciones de la esclavitud y servidumbre, la desaparición forzada y la tortura, el derecho a la salud y el derecho a la administración de justicia por los tribunales.

---

2 *Ibidem*, artículo 2o., reformado mediante decretos publicados en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de agosto de 2001 y el 22 de mayo de 2015.

3 *Ibidem*, artículo 4o., parágrafos 1 y 2, reformados mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 31 de diciembre de 1974.

Ahora bien, la determinación del ámbito de aplicación de los derechos está mediada además por las interpretaciones hechas por la Suprema Corte de Justicia como órgano judicial de cierre, y por los instrumentos de derecho internacional que reconocen derechos humanos, tal como lo establece el artículo 1o. de la Constitución. Esto es así porque a partir de la reforma de este artículo aprobada en junio de 2011, se hizo explícito que todas las personas tienen los derechos humanos reconocidos en la Constitución, así como en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte. Dicha cláusula también señala que la interpretación de las normas relativas a derechos humanos debe hacerse de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, y favoreciendo en todo momento la protección más amplia de las personas.

Por vía de la incorporación de los derechos consagrados en tratados internacionales, la Constitución mexicana se constituye en un catálogo amplio de derechos humanos para todas las personas que se llena de contenido a partir, tanto de los derechos explícitamente consagrados en su texto, como de aquellos establecidos en tratados suscritos y ratificados por México, que no tienen que ser necesariamente de derechos humanos. Así por ejemplo, son aplicables los derechos para las víctimas y sobrevivientes de trata de personas contenidos en el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional.[4]

Asimismo, el artículo 1o. de la Constitución establece que todas las autoridades del Estado mexicano están obligadas a respetar estos derechos, es decir, no deberían violarlos. También están obligados a protegerlos, lo que se traduce en que deben actuar de modo tal que se evite o no se consienta su vulneración por particulares. Finalmente, deben promoverlos y garantizarlos mediante la adopción de medidas idóneas para ello.

Aunque las anteriores son las obligaciones básicas a las que se compromete cualquier Estado al firmar y ratificar un tratado de derechos humanos, por lo que podría parecer un pleonasmo en la Constitución, esta consagración tiene un efecto importante para la concreción de los derechos. Ya que el Estado no puede argumentar su marco jurídico interno como la justificación de la violación de los derechos humanos, la consagración de sus obliga-

[4] La Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, fueron firmados por México el 13 de diciembre de 2000 y ratificados el 4 de marzo de 2003.

ciones internacionales en el texto constitucional tiene un efecto simbólico[5] de refuerzo a la vinculatoriedad de sus obligaciones, e implica a la vez que en términos prácticos, sea por aplicación de la Constitución o sea por la puesta en marcha de los tratados internacionales de derechos humanos, todas la autoridades del Estado mexicano están obligadas a respetar, proteger, promover y garantizar los derechos.

El debate en torno a lo que podría significar esta cláusula en relación con el peso jurídico que tienen los tratados internacionales con la Constitución, fue zanjado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/11.[6]

La Suprema Corte determinó, de una parte, que no hay jerarquía entre los derechos que provienen de la Constitución y aquellos que están señalados en los tratados internacionales suscritos por México. En segundo lugar, indicó que los jueces de la República están obligados a llevar a cabo el control de constitucionalidad y de convencionalidad cuando se trata de derechos humanos. Finalmente, estableció que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, incluyendo aquella que no se produce en casos en que México es parte, es el estándar mínimo de derechos humanos que se debe aplicar en forma armónica con la jurisprudencia nacional. En caso de que esta última sea más favorable a los derechos de la persona, se aplicaría de preferencia al mínimo plasmado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

La decisión de la Suprema Corte constituye un pronunciamiento fundamental al dejar en claro que no hay jerarquía entre derechos en razón de su fuente. De otra parte, la decisión es muy importante en tanto que los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son mínimos y éstos pueden ser superados por el Estado. Asimismo, es una decisión esencial, en tanto que el mínimo sentado por la jurisprudencia de la Corte Interamericana es obligatorio para todos los jueces al momento de cumplir con su obligación de aplicar el control de constitucionalidad o de convencionalidad.

Ahora bien, la decisión de la Suprema Corte no se refirió a la vinculatoriedad o no de los pronunciamientos de los órganos que se constituyen en

5 Sobre la eficacia simbólica del derecho véase García Villegas, Mauricio, *La eficacia simbólica del derecho. Sociología política del campo jurídico en américa latina,* Bogotá, Penguin Random House, 2014.

6 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Contradicción de Tesis 293/2011 entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Décimo Primer Circuito, y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, 3 de septiembre de 2013, Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

intérpretes con autoridad de tratados distintos a los instrumentos interamericanos de derechos humanos en que México es parte, como son los comités de monitoreo de los tratados de las Naciones Unidas.

No obstante, este vacío, y dado que al igual que la Convención Americana existen otros tratados que han sido firmados y ratificados por el Estado mexicano que también tienen un órgano intérprete establecido en el propio tratado, no parece haber razón alguna para que sus pronunciamientos con autoridad no sean igual de vinculantes que la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

Aun cuando la Suprema Corte no se haya referido en la contradicción de tesis 293/11 al estatus en el sistema jurídico nacional de los pronunciamientos de los comités de monitoreo de los tratados de Naciones Unidas en que México es parte, por ser los intérpretes con autoridad de estos tratados y porque al igual que la Corte Interamericana son los órganos designados por el propio tratado para definir su alcance, incluiré dentro del marco de los estándares aplicables en materia de los derechos de la mujer, decisiones en casos individuales del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Esta posición encontrará respaldo en recientes decisiones de la Suprema Corte de Justicia en materia de derechos de las mujeres, que incluyen los estándares del referido Comité.

III. El marco internacional de los derechos humanos de las mujeres: debida diligencia en casos de violencia

La Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer[7] (Convención CEDAW), establece el marco de obligaciones de los Estados en relación con la discriminación contra las mujeres. Para esta Convención, la discriminación contra la mujer implica toda:

> distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.[8]

[7] Firmada por México en 1980. Ratificada en 1981. El protocolo facultativo a esta convención fue firmado por México el 10 de diciembre de 1999 y fue ratificado el 15 de marzo de 2002.

[8] Convención CEDAW, artículo 1.

El Comité CEDAW, intérprete con autoridad de la Convención CEDAW, se ha pronunciado sobre la obligación de debida diligencia que tienen los Estados para erradicar la discriminación contra la mujer y la violencia como una de sus formas más extremas. Dentro de la variedad de decisiones del Comité, me centraré en algunos casos en los que ha habido una violación del derecho a la vida de las mujeres o una afectación gravísima de su integridad personal. No se hará un estudio extenso de toda la jurisprudencia del Comité, por exceder los propósitos de este escrito.

Igualmente importantes son los informes de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que han incluido en el estudio de casos de violencia, además de los instrumentos interamericanos generales, la Convención Belém do Pará que busca prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer.

1. *Estándares de debida diligencia de la Convención CEDAW*

El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) ha señalado que la violencia también es una forma de discriminación contra la mujer.[9] La violencia contra la mujer incluye aquella dirigida contra ella "porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada. Incluye actos que infligen daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad."[10]

La violencia puede ser ejercida por agentes estatales,[11] caso en el cual el Estado será responsable internacionalmente por violar la obligación de respeto. Sin embargo, el Estado también puede ser responsable internacionalmente por actos de violencia cometidos por particulares cuando "no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas."[12]

La violencia, y por lo tanto, la discriminación también ocurren cuando el Estado no toma las medidas para eliminar los estereotipos de género.[13]

---

[9] Comité CEDAW, Recomendación general núm. 19, "La violencia contra la mujer", párrafos 1 y 7.

[10] *Ibidem*, párrafo 6.

[11] *Ibidem*, párrafo 8.

[12] *Ibidem*, párrafo 9.

[13] *Ibídem*, párrafo 11.

Los cuales "se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales."[14] Es decir, que se trata del comportamiento asignado o esperado socialmente. Estos estereotipos perpetúan y reproducen prácticas violentas y de subordinación contra las mujeres y niñas.

El Comité CEDAW ha sido prolífico en cuanto a la obligación de debida diligencia en la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer. A continuación, me referiré a algunos de los casos que han sentado estándares en relación con los derechos a la vida y al acceso a la justicia.

Ángela González Carreño fue sometida a violencia psicológica y física por parte de su esposo, antes y durante el matrimonio.[15] En 1999, tras tres años de convivencia, Ángela dejó definitivamente la residencia conjunta cuando el esposo la amenazó con un cuchillo delante de su hija de tres años. Ángela reportó los hechos a la Guardia Civil y a un juzgado e inició un juicio de separación. Durante el juicio, Ángela mantuvo la custodia y guarda de su hija, mientras que el padre permaneció con un régimen limitado de visitas. En las visitas, el padre hablaba mal de Ángela a la niña y se refería a ella en términos despectivos, al punto que la niña comenzó a tener miedo de su padre. Igualmente, éste amenazó de muerte a Ángela en repetidas ocasiones, tanto en la calle como por teléfono; intentó llevarse a la niña en varias ocasiones y maltrató a Ángela, incluso frente a autoridades del Estado.

Ángela presentó más de 30 quejas y reportes a las autoridades de policía y a los juzgados. Solamente en una ocasión el agresor fue declarado responsable penalmente por un cargo de hostigamiento. Ángela también solicitó medidas de protección para mantener alejado al agresor de ella y su hija, sin embargo, las solicitudes de medidas protectoras sólo fueron concedidas frente a ella, dejando fuera a su hija con el argumento de que limitar el régimen de visitas implicaría un serio daño a las relaciones entre padre e hija.

En uno de los procedimientos iniciados, la niña declaró que no le gustaban las visitas de su padre porque él la trataba mal y rompía sus dibujos. A pesar de esto, el sistema de justicia redujo las limitaciones de las visitas y estableció un régimen con condiciones más amplias a medida que pasaba el tiempo, incluso aunque se dieron varios incidentes de violencia durante las visitas.

---

[14] Cook, Rebecca y Cusack, Simone, *Estereotipos de género. Perspectivas legales transnacionales*, trad. de Andrea Parra, University of Pennsylvania Press, 2009, p. 23.

[15] Comité CEDAW, caso de Ángela González Carreño *vs.* España, comunicación núm. 47/2012, 16 de julio de 2014.

En abril de 2003, al finalizar una audiencia judicial, el agresor se acercó a Ángela para decirle que le quitaría lo que más le importaba. Ese mismo día la niña tenía programada la visita de su padre. Cuando Ángela pasó a recogerla a servicios sociales, que era el punto de encuentro para las visitas, aún no habían vuelto. Luego de esperar una hora y de que el agresor no contestara el teléfono, Ángela acudió a la policía para pedirle que fuera a la casa del agresor. La policía encontró los cuerpos sin vida de la niña y el padre. Éste último tenía un arma en la mano. De acuerdo con la investigación policial, el padre asesinó a la niña y luego se suicidó.

Entre 2004 y 2010, Ángela inició una serie de procedimientos administrativos y judiciales dirigidos a solicitar la declaratoria de responsabilidad del Estado español por negligencia de las autoridades administrativas y falla en el servicio de justicia. Todos los procedimientos fueron denegados. La última decisión denegatoria fue emitida en 2011.

El Comité CEDAW enmarcó el análisis del caso en determinar si el Estado español había cumplido con el principio de debida diligencia, es decir si había tenido una conducta razonable (tanto en términos de acciones como de abstenciones) y por lo tanto, diligente para proteger los derechos de Ángela, en un contexto de violencia continuada de género producida en el ámbito doméstico y conocido por las autoridades.

En este marco de análisis, el Comité consideró que, tanto las autoridades administrativas como las judiciales, tuvieron el único propósito de normalizar las relaciones entre padre e hija, a pesar de los continuos reportes de maltrato y comportamiento violento del padre, dejando de lado el principio del interés superior de la niña. Para el Comité esta conducta reveló:

> un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita basado en la igualdad formal que, en el presente caso, otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándoles en una situación de vulnerabilidad.[16]

El Comité recordó su observación general núm. 19, de acuerdo con la cual, la violencia basada en género contra las mujeres, que las priva de sus derechos, es discriminación a la luz de la Convención CEDAW. Igualmente, el Comité puso énfasis en que los estereotipos afectan el derecho de acceso a la justicia y que los sistemas de justicia "no deberían aplicar estándares inflexibles basados en nociones preconcebidas sobre lo que es la violencia

[16] *Ibidem*, párrafo 9.4.

doméstica".[17] Por lo tanto, al aplicar nociones estereotipadas a los regímenes de visita en un contexto de violencia doméstica continuada y al no otorgar recursos judiciales efectivos y garantizar el derecho a la reparación de Ángela, el Estado incumplió sus obligaciones convencionales.

De acuerdo con el Comité, no es suficiente que los Estados adopten legislación o provean entrenamiento sobre violencia de género a sus agentes. En palabras del Comité:

> Para que la mujer víctima de violencia doméstica disfrute de la realización práctica del principio de no discriminación e igualdad sustantiva… la voluntad política expresada en el modelo descrito debe contar con el apoyo de agentes estatales que respeten las obligaciones de diligencia debida del Estado parte. Estas obligaciones incluyen la de investigar las fallas, negligencia u omisiones por parte de los poderes públicos que puedan haber ocasionado una situación de desprotección de las víctimas.[18]

En consecuencia, el Comité recomendó a España garantizar la compensación y reparación de Ángela, y llevar a cabo una investigación imparcial y exhaustiva sobre las fallas y prácticas que llevaron al Estado a dejar sin protección a Ángela y a su hija. Asimismo, solicitó al Estado tomar las acciones pertinentes para que las situaciones de violencia doméstica sean tenidas en consideración en la asignación de custodias y los regímenes de visitas; reforzar el marco legal de modo tal que los agentes del Estado actúen con debida diligencia frente a situaciones de violencia doméstica, y proveer entrenamientos obligatorios a las y los jueces, así como al personal de la administración pública en relación con qué es la violencia doméstica y cómo combatirla, qué son los estereotipos, y sobre la Convención CEDAW, el Protocolo Opcional a ésta y las observaciones del Comité CEDAW.

El mismo Comité CEDAW ha determinado en otros casos que los Estados parte de la Convención CEDAW no han tomado medidas para garantizar la eliminación de estereotipos de género ni han garantizado protección judicial efectiva a las mujeres, tanto en casos de repetidas afectaciones a la integridad personal de mujeres por la violencia infligida en el ámbito doméstico,[19] como cuando las mismas son asesinadas en un contexto de violencia doméstica.[20]

---

17 *Ibidem*, párrafo 9.7.

18 *Ibidem*, párrafo 9.9.

19 Comité CEDAW. A. T. *vs.* Hungría, comunicación núm. 2/2003, 26 de enero de 2005.

20 Fatima Yildirim (fallecida) *vs.* Austria, comunicación núm. 6/2005, 6 de agosto de 2007.

Durante un periodo de tres años que comenzó en 1999 y terminó en 2002 con el asesinato de Şahide Goekce por un disparo de su esposo, múltiples disturbios y agresiones físicas que aumentaron con el paso del tiempo fueron reportados. Aunque la policía emitió tres órdenes de prohibición de regreso del esposo de Şahide a la residencia familiar y pidió dos veces a un fiscal que lo detuviera, éste denegó las peticiones. En el momento de la muerte de Şahide, estaba en vigor una medida cautelar válida por tres meses que prohibía a su esposo volver al apartamento de la familia y a sus alrededores, así como mantener contacto con ella o con sus hijos. Asimismo, el disparo que terminó con la vida de Şahide salió de una pistola que el esposo había comprado tres semanas antes, a pesar de que tenía una prohibición de portar armas. Adicionalmente, aunque Şahide llamó al servicio de emergencias horas antes de su muerte, no se envió una patrulla para verificar la situación.[21]

En este caso el Comité fue enfático en que para lograr la efectividad de los derechos de las mujeres a la igualdad y a vivir libres de violencia, no basta con la adopción de legislación, la existencia de recursos judiciales, la sensibilización, educación y capacitación sobre la violencia, la creación de centros de acogida, y el asesoramiento para las víctimas, tal como lo había hecho Austria. Para lograr la efectiva garantía de los derechos de las mujeres, es imprescindible que esas políticas cuenten "con el apoyo de agentes estatales que respeten a las obligaciones de diligencia debida del Estado parte".[22]

En este caso el Comité reiteró que en relación con la detención del agresor, sus derechos a la libertad, "no pueden estar por encima de los derechos humanos de las mujeres a la vida y a la integridad física y mental".[23] Por el nivel de violencia infligido sobre Şahide, del cual tenía conocimiento el Fiscal, éste debió proceder a emitir una orden de detención del agresor.

El Comité hizo las siguientes recomendaciones a Austria: reforzar la aplicación de las leyes de protección contra la violencia doméstica y prever sanciones adecuadas en caso de incumplimiento, iniciar los procedimientos judiciales contra los agresores, de manera pronta e idónea para enviar el mensaje a los agresores y al público en general de la condena a la violencia doméstica, asegurar que en las medidas de protección de la mujer víctima se tome en consideración su seguridad, mejorar la coordinación entre los agentes del Estado, incluyendo al sistema de justicia frente a casos de violencia doméstica, y fortalecer la capacitación sobre la Convención CEDAW.

---

21 Comité CEDAW. Şahide Goekce (difunta) *vs*. Austria, comunicación núm. 5/2005, 6 de agosto de 2007.

22 *Ibidem*, párrafo 12.1.2.

23 *Ibidem*, párrafo 12.1.5.

En otros ámbitos distintos a la violencia doméstica, el Comité también se ha referido a las obligaciones de debida diligencia para proteger y garantizar la vida de la mujer. Así por ejemplo, el Comité analizó el caso de Alyne da Silva Pimentel Teixeira,[24] una joven mujer afrodescendiente en Brasil que murió como consecuencia de la falta de calidad en la atención de salud durante el embarazo. Alyne no recibió atención prenatal adecuada, no se detectó a tiempo que el feto que estaba gestando llevaba varios días muerto en el vientre y tuvo una hemorragia que no fue tratada adecuadamente luego del parto del feto muerto.

El Comité recordó su Observación General 24, en la que se refirió a la obligación de los Estados de asegurar el derecho a una maternidad segura, a servicios obstétricos de emergencia y a su deber de eliminar la discriminación contra la mujer con un sistema de salud que tenga servicios para prevenir, detectar y tratar enfermedades que sólo las mujeres afrontan.[25]

Para el Comité, la muerte de Alyne se debió a negligencia en la prestación de los servicios de salud a la mujer embarazada. Adicionalmente, aunque la atención se había dado en servicios privados, el Comité recordó que el Estado era directamente responsable "por las actividades de las instituciones privadas cuando subcontrata sus servicios médicos y… siempre mantiene el deber de reglamentar y vigilar a las instituciones privadas de atención de la salud."[26] Así, el Estado tiene la obligación de tomar medidas conforme al principio de debida diligencia para garantizar que la prestación del servicio de salud sea adecuada.

El Comité también recordó que de acuerdo con su Observación General 28, las políticas del Estado para eliminar la discriminación contra la mujer deben estar dirigidas a la obtención de resultados y deben contar con la financiación adecuada.[27] La falta de servicios apropiados para atender la salud materna, tiene efectos diferenciados sobre los derechos de la mujer.

Adicionalmente, se encontró una violación del derecho a la protección judicial efectiva y a un recurso judicial efectivo, pues los procedimientos que hubieran evitado demoras judiciales fueron denegados, las acciones civiles no habían avanzado y el Estado no había iniciado una investigación sobre los responsables de la muerte de Alyne. En este caso, el Comité recomendó

---

24 Alyne da Silva Pimentel Teixeira (fallecida) *vs.* Brasil, comunicación núm. 17/2008, 27 de septiembre de 2011.

25 *Ibidem*, párrafo 7.3.

26 *Ibidem*, párrafo 7.5.

27 *Ibidem*, párrafo 7.6.

a Brasil reducir las muertes maternas prevenibles por medio de la aplicación de un plan dirigido a ello.

2. *Estándares del Sistema Interamericano*

En el caso María da Penha Maia Fernandes contra Brasil,[28] la Comisión Interamericana se refirió a la violencia continuada ejercida por el entonces esposo de María da Penha que culminó en una tentativa de homicidio en 1983 y que le produjo una paraplejía irreversible.

La Comisión concluyó que Brasil había violado los derechos de María da Penha a las garantías judiciales y a la protección judicial establecidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en concordancia con la obligación de respetar los derechos del artículo 1 de la Convención y con el artículo 7 de la Convención de Belem do Pará.

Estas violaciones estaban vinculadas con la tolerancia a la violencia doméstica contra la mujer y a la inacción del sistema de justicia que a la fecha del informe de fondo llevaba más de 17 años sin emitir una sentencia definitiva en el caso. Este retardo podría implicar la prescripción del delito, por lo que el retraso estaba agravado por conducir a la impunidad. Para la Comisión existía un patrón general de negligencia por parte del Estado para judicializar y condenar a los agresores, por lo que se violaba no sólo la obligación de investigar y sancionar, sino también la de prevenir la violencia doméstica.

La Comisión, por lo tanto, ordenó realizar una investigación exhaustiva e imparcial acerca de la responsabilidad penal del ex esposo de María da Penha, la identificación de si existieron otras conductas de agentes estatales que hicieron que el responsable no fuera procesado oportunamente, reparar de forma integral a Maria da Penha, sin perjuicio de las posibles acciones civiles contra el agresor, y la adopción de medidas para eliminar la práctica de tolerancia frente a la violencia doméstica. Entre las medidas recomendadas estaban la capacitación del personal policial y judicial, simplificar los procedimientos penales para la investigación de este tema, e incluir en los currículos información sobre el respeto a la mujer y los derechos establecidos en la Convención Belém do Pará.

[28] CIDH, Informe núm. 54/01, caso 12.051, María da Penha Maia Fernandes *vs.* Brasil, 16 de abril de 2001.

Otro pronunciamiento importante en materia de violencia contra las mujeres es el de Jessica Lenahan.[29] Desde mayo de 1999 Jessica, junto con sus hijas de 7, 8 y 11 años de edad, tenía un orden de protección contra su ex cónyuge en los tribunales de Estados Unidos. En junio del mismo año contactó varias veces a las autoridades de policía para solicitar ayuda porque las niñas no aparecían. La respuesta de las autoridades se caracterizó por ser poco activa y muy descoordinada, además de no hacer efectiva la orden de protección. Ese día, en la madrugada, el ex cónyuge de Jessica llegó a un departamento de policía e inició un tiroteo que terminó con su muerte. En la camioneta del agresor se encontró a las tres niñas muertas.

En este caso, la Comisión Interamericana concluyó que la estructura estatal no estaba organizada y coordinada para proteger a las víctimas de violencia doméstica mediante la puesta en marcha de las órdenes de protección. Esta situación en un contexto de implementación problemática de las órdenes de protección que afectaba desproporcionalmente a las mujeres condujo a una forma de discriminación violatoria de la Declaración Americana.

El Estado no investigó de forma idónea las denuncias presentadas por Jessica antes de la muerte de sus hijas ni fue diligente en investigar su muerte, por lo que ni Jessica ni su familia tuvieron acceso a la justicia y a la verdad ni lograron que los agentes del Estado responsables fueran investigados por inacción y negligencia. Por lo tanto, la Comisión recomendó a Estados Unidos realizar una investigación imparcial y exhaustiva sobre las fallas que ocurrieron en relación con la ejecución de la orden de protección, reforzar legislativamente la obligatoriedad de éstas y de otras medidas de seguridad para proteger a las mujeres, así como crear mecanismos de implementación efectivos.

Finalmente, en el caso González y otras *vs.* México[30] la Corte Interamericana de Derechos Humanos analizó el cumplimiento del deber de debida diligencia del Estado frente a la desaparición reportada entre septiembre y octubre de 2001, de tres mujeres jóvenes, dos de ellas menores de edad de 15 y 17 años, de bajos recursos económicos, y su posterior hallazgo muertas, semanas después en un campo algodonero con signos de violencia sexual.

---

29 CIDH, Informe núm. 80/11, caso 12.626, Jessica Lenahan (González) y otros *vs.* Estados Unidos, 21 de julio de 2011.

30 CIDH, caso González y otras ("Campo Algodonero") *vs.* México, sentencia del 16 de noviembre de 2009 (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas).

La Corte abordó el estudio del caso y la verificación de la responsabilidad del Estado en la vulneración de los derechos humanos de las víctimas y sus familiares, teniendo en cuenta el marco de violencia y discriminación por razón de género existente, y a la luz de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará.[31] Igualmente, la Corte tomó en cuenta el estándar establecido por el Comité CEDAW en relación a que la violencia contra la mujer es una forma extrema de discriminación.[32]

De acuerdo con la Corte, "no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará".[33] Sin embargo, en este caso, el Tribunal tomó nota del reconocimiento hecho por el Estado mexicano de la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez y de que los homicidios de mujeres en esta ciudad estaban influidos por la cultura de discriminación hacia la mujer.[34]

En relación con el cumplimiento de la obligación de debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, la Corte señaló que "en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará".[35]

La Corte determinó que el Estado conocía la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez desde 1998 cuando la Comisión Nacional de Derechos Humanos emitió una recomendación sobre el tema, y que a pesar de ese conocimiento no tomó medidas efectivas dirigidas a contrarrestar el riesgo, aún así adoptó la legislación. En este sentido había una violación de su deber general de prevención.

Partiendo de este contexto, la Corte consideró que no había responsabilidad del Estado en relación con el deber de prevención en el momento previo a las desapariciones "porque, a pesar de que éste tenía conocimiento de una situación de riesgo para las mujeres en Ciudad Juárez, no ha sido establecido que tenía conocimiento de un riesgo real e inmediato para las víctimas de este caso".[36]

[31] Firmada por el Estado mexicano el 4 de junio de 1995 y ratificada el 19 de junio de 1998.

[32] Caso González y otras ("Campo Algodonero") *vs*. México, 395 y 402.

[33] *Ibidem*, párrafo 227.

[34] *Ibidem*, párrafo 228.

[35] *Ibidem*, párrafo 258.

[36] *Ibidem*, párrafo 282.

Por el contrario, en relación con la actuación de las autoridades estatales con posterioridad al reporte de desapariciones y antes del hallazgo de las jóvenes muertas, la Corte determinó que el Estado sí había incumplido su deber de debida diligencia para prevenir la muerte y la violencia ejercida sobre las jóvenes, así como tampoco actuó diligentemente para ponerlas en libertad después del reporte de desaparición.

> [D]ado el contexto del caso, [el Estado] tuvo conocimiento de que existía un riesgo real e inmediato de que las víctimas fueran agredidas sexualmente, sometidas a vejámenes y asesinadas. La Corte considera que ante tal contexto surge un deber de debida diligencia estricta frente a denuncias de desaparición de mujeres, respecto a su búsqueda durante las primeras horas y los primeros días. Esta obligación de medio, al ser más estricta, exige la realización exhaustiva de actividades de búsqueda.[37]

Debido a que las autoridades deben presumir que la persona desaparecida está privada de libertad y sigue con vida, la Corte estableció que el Estado hubiera adoptado "medidas razonables, conforme a las circunstancias que rodeaban a los casos, para encontrar a las víctimas con vida".[38]

Adicionalmente, el Tribunal determinó que el Estado no adoptó normas o medidas conforme al artículo 2 de la Convención Americana y al artículo 7.c de la Convención Belém do Pará, para dar una respuesta eficaz y oportuna a las denuncias de desapariciones, para prevenir la violencia infligida ni para garantizar que los funcionarios que recibieron los reportes de desapariciones "tuvieran la capacidad y la sensibilidad para entender la gravedad del fenómeno de la violencia contra la mujer y la voluntad para actuar de inmediato".[39]

Así, la Corte concluyó que el Estado violó los derechos a la vida, integridad personal y libertad personal, en relación con la obligación general de garantía contemplada en el artículo 1.1 de la Convención, con la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contemplada en el artículo 2 de la misma, y con las obligaciones contempladas en el artículo 7.b y 7.c de la Convención Belém do Pará.

Ahora bien, en relación con la obligación de investigar, la Corte recordó el deber de realizar investigaciones exhaustivas y oportunas, y señaló que esta obligación "tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer

---

37 *Ibidem*, párrafo 283.

38 *Ibidem*, párrafo 284.

39 *Ibidem*, párrafo 285.

que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres".[40]

Debido a las múltiples irregularidades en la investigación[41] el Tribunal concluyó que se vulneraron los derechos de acceso a la justicia, a una protección judicial eficaz y el derecho de los familiares a la verdad, en relación con los artículos 1.1 y 2 de la misma y 7.b y 7.c de la Convención Belém do Para. Asimismo, se vulneraron los derechos a la vida, a la integridad personal y a libertad personal de las tres jóvenes, en relación con los artículos 1 y 2 de la Convención Americana y el artículo 7.c de la Convención Belém do Pará.

A título de reparaciones, la Corte ordenó, entre otras, llevar a término el proceso penal en curso para identificar y sancionar a los perpetradores materiales e intelectuales de las desapariciones, malos tratos y homicidios de las jóvenes; continuar con la estandarización y adecuación a los estándares internacionales de las regulaciones del proceso de investigación y justicia, en los delitos de desaparición, violencia sexual y homicidio cometidos contra mujeres; y continuar educando y capacitando a los funcionarios públicos en derechos humanos y género.

IV. Superar la brecha entre teoría y práctica: aplicación del principio de debida diligencia en la vida cotidiana de las mujeres

A pesar de la existencia de avances de los altos tribunales de México, la discriminación en la aplicación de la justicia contra las mujeres persiste, y las autoridades judiciales y administrativas del Estado siguen sin cumplir de forma generalizada con su deber de debida diligencia.

La violencia contra las mujeres en México continúa siendo un problema gravísimo de derechos humanos, que tiene repercusión en la construcción de una sociedad democrática y en la existencia de un Estado constitucional. No puede hablarse de efectividad de los derechos cuando casi la mitad de las personas en un país son sometidas a formas de violencia extrema, ya identificadas, pero no completamente abordadas.

40 *Ibidem*, párrafo 298.

41 La Corte se refirió a irregularidades en el manejo de evidencias, la designación de posibles culpables, el retraso en el avance de la investigación, la falta de líneas de investigación que tuvieran en cuenta el contexto de violencia contra la mujer en que se dio el caso y la inexistencia de investigaciones contra funcionarios públicos por su conducta negligente.

Así, de acuerdo con Instituto de Nacional de Mujeres, cada día mueren siete mexicanas a causa de la violencia extrema.[42] También se ha reportado que en seis años, más de 1,900 mujeres y niñas fueron asesinadas de forma violenta en México, lo cual ubica al país entre los 25 países con la mayor tasa de feminicidios del mundo.[43] En Guerrero, Morelos, Oaxaca, Puebla, Veracruz, Chihuahua, Sinaloa, Guanajuato, el Distrito Federal y el Estado de México, se registra el mayor número de asesinatos de mujeres.[44]

A pesar de la existencia de protocolos para investigar los asesinatos de mujeres con perspectiva de género y con el objetivo de determinar si el crimen se dio por razones de género, es decir, como una forma de violencia dirigida a la persona por su identidad, la conducta de los funcionarios administrativos y judiciales con los que se encuentran las familias de las víctimas y las sobrevivientes de la violencia, deja claro que los agentes estatales mexicanos aún no cumplen ni conocen sus obligaciones de debida diligencia.

Igualmente, los mecanismos de alerta de género que servirían para tomar medidas dirigidas a acabar con un contexto de violencia en particular, no siempre tienen el respaldo de los funcionarios. Así por ejemplo, aunque era bien conocida la situación de violencia contra las mujeres en el Estado de México, tuvieron que pasar 5 años de presión de la sociedad civil para que se diera tal alerta.[45]

En el contexto judicial, aunque la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dado pasos en la aplicación del derecho en casos de violencia de género, los estándares de debida diligencia para prevenir, erradicar y sancionar la violencia contra las mujeres, no han calado en los jueces y tribunales más pequeños que son los que aplican el derecho diariamente.

Esto es así, a pesar de la existencia de pronunciamientos garantistas como el emitido por la Suprema Corte en el caso del asesinato de Mariana Lima Buendía, quien fue encontrada muerta en su casa en el Estado de México. La Suprema Corte determinó que Mariana era víctima de violencia de género por parte su esposo, un agente judicial, luego de que se había

---

42 *Milenio*, “Mapa del feminicidio en México”, 18 de enero de 2015, disponible en: *http://www.milenio.com/politica/Mapa-feminicidio-Mexico-muerte-mujeres-violencia-violentas-Inmujeres-policia_0_448155199.html.*

43 *Animal Político*, “México, en el top 10 de países con más feminicidios por armas de fuego del mundo”, 26 de mayo de 2015. Disponible en: *http://www.animalpolitico.com/2015/05/mexico-en-el-top-10-de-paises-con-mas-feminicidios-por-armas-de-fuego-del-mundo/* .

44 *Sin embargo.mx*, “10 CLAVES | Feminicidios en México: las entidades donde ser mujer es un riesgo mortal”, 1o. de agosto de 2015, disponible en: *http://www.sinembargo.mx/01-08-2015/1434089.*

45 *Idem*.

cerrado la investigación que daba crédito a la versión del esposo de que Mariana se había suicidado. La Corte analizó el cumplimiento de la debida diligencia conforme a los estándares del derecho internacional de los derechos humanos.[46]

En contraste con la decisión de la Suprema Corte, en enero de 2015, el Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito en Mérida, Yucatán decidió no investigar por tentativa de homicidio, a un hombre que agredió a su novia con un cuchillo y le causó heridas de varios centímetros de profundidad en la cara, brazos, muñecas, el abdomen, el tórax y el cuello. Para el Tribunal el agresor no tenía la intención de matar a su novia por lo que el delito que debía serle imputado era otro de menor gravedad.[47]

Igualmente, en 2013, Yakiri Rubí Rubio Aupart, mujer de 20 años, fue secuestrada en la ciudad de México por dos hermanos que la amenazaron con un arma y la llevaron forzosamente a un hotel. Yakiri fue víctima de tortura, violación sexual y lesiones a su integridad física. El violador la hirió con el cuchillo con la que la amenazó y al tratar de defenderse Yakiri produjo una herida en el agresor. Éste huyó del lugar mientras que Yakiri salió del hotel semidesnuda, gritando, buscando encontrar a la policía; a la cual le relató lo sucedido. Posteriormente fue hallado el cadáver del agresor en su domicilio.

Unos días después del ataque a Yakiri, el Juzgado 68 de lo Penal dictó auto de formal prisión en contra de ella por homicidio, y en marzo de 2014 la acusación fue reclasificada como homicidio con exceso de legítima defensa. Yakiri estuvo detenida por más de 90 días.[48]

A pesar de las alegaciones de violencia, violación y secuestro de Yakiri, el Ministerio Público se centró únicamente en el hallazgo del atacante muerto. En lugar de realizar una investigación exhaustiva e imparcial sobre la denuncia presentada por Yakiri que incluyera la investigación de lo acontecido con el agresor, se centró en descalificar a Yakiri, así como sus alegatos. De este modo se obvió la calidad de víctima de Yakiri, para centrar la investigación penal en la muerte del agresor, al punto que el Procurador del Distrito Fedaral declaró que no había habido violencia sexual porque algu-

---

[46] Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 554/2013 (derivado de la solicitud de ejercicio de la facultad de atracción 56/2013), quejosa: Irinea Buendía Cortez (madre de Mariana Lima Buendía), sentencia de 25 de marzo de 2015.

[47] Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Decimocuarto Circuito, amparo en revisión 208/2014, acuerdo de 22 de enero de 2015.

[48] Véase Women's Link Worldwide. Premios Género y Justicia al Descubierto, caso Yakiri. Disponible en: *http://www2.womenslinkworldwide.org/wlw/sitio/caso-interna.php?idcaso=359*.

nos testigos señalaron que Yakiri entró voluntariamente al hotel, e insinuó que no podría haber violación porque presuntamente la mujer tendría una relación con el violador.[49]

Así las cosas, para el Ministerio Público las alegaciones de violencia de una mujer parecen no ser importantes ni suficientemente creíbles para iniciar una averiguación penal imparcial y exhaustiva. Adicionalmente, según los criterios del titular de la entidad, el que una persona entre voluntariamente a un lugar, implica que accede a todo tipo de conductas y nunca podría decir que no a un ataque o ser víctima de violación. Asimismo, de acuerdo con estas declaraciones las mujeres no podrían ser víctimas de violación por personas que conozcan o con las que tengan algún tipo de relación.

El caso Yakiri muestra entonces que siguen existiendo estereotipos sobre la mujer y que éstos llegan incluso a determinar el cumplimiento de las funciones por parte de agentes del Estado. Asimismo, demuestra que el Estado sigue sin cumplir, por medio de sus agentes, la obligación de debida diligencia cuando se trata de sancionar la violencia contra las mujeres. Cuando las investigaciones y los procesos penales no son exhaustivos ni imparciales, y por el contrario se rigen por estereotipos y prejuicios, los agentes estatales pasan de cumplir su función de garantes de derechos, a constituirse en perpetradores de violencia institucional contra las mujeres. Poca confianza puede ofrecer un sistema de justicia que se rige por los prejuicios antes que por el derecho.

El incumplimiento de la obligación de debida diligencia se refuerza con el caso de la estudiante Karen Sánchez Gochi de 20 años, quien fue asesinada en junio de 2012. Antes de que fuera encontrada muerta sus padres acudieron al Ministerio Público para reportar su desaparición. A pesar de que se trataba de una mujer y de que existe un protocolo para la investigación de asesinatos de mujeres con perspectiva de género, fueron remitidos a la Fiscalía Especial de Investigación para Secuestros. Los padres solicitaron llamar a testimonio a quien luego fue condenado por el asesinato porque de él eran las últimas llamadas que Karen había recibido en su celular, además de ser la última persona que la vio con vida.

Funcionarios del Ministerio Público habrían desdeñado la importancia del caso, diciendo a sus padres que debía haberse ido con el novio, y que, si no tenía, era un berrinche. Karen apareció muerta en una habitación de hotel

---

[49] Véase *Proceso*, "Joven mata a su violador y termina encarcelada; PGJDF dice que no fue agredida", 17 de diciembre de 2013 *http://www.proceso.com.mx/?p=360664* y *La Jornada*, "Yakiri Rubio tendrá que pagar 423 mil pesos de fianza para quedar en libertad", 5 de marzo de 2014, disponible en: *http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2014/03/05/yakiri-rubio-tendra-que-pagar-423-mil-pesos-de-fianza-para-quedar-en-libertad-9293.html.*

semidesnuda cubierta por una sábana y parte de su ropa en el sanitario. Los fiscales no iniciaron el protocolo de feminicidio.[50] El conocido que la vio por última vez, y que previamente a los hechos intentó tener una relación con ella sin éxito, reconoció que la asesinó porque Karen lo hizo enojar.[51]

El Juez 52 de Primera Instancia del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, condenó al asesino a 35 años de prisión por el delito de homicidio calificado. La segunda Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal dejó sin efecto la sentencia dictada por el juez de instancia.[52]

La persistencia de la violencia y del incumplimiento de la obligación de debida diligencia, se ha dado por años. Así, el 16 de diciembre de 2010, Marisela Escobedo, madre de una niña de 16 años desaparecida en Ciudad Juárez, y activista contra los asesinatos de mujeres en razón del género o feminicidios, fue asesinada. Marisela había informado a las autoridades estatales que sus actividades para poner fin a la impunidad en los asesinatos en razón de género acaecidos en Ciudad Juárez ponían en peligro su vida. Sin embargo, las autoridades no le brindaron protección. A su vez el confeso responsable del asesinato de la hija de Marisela, ex pareja de la adolescente, fue absuelto el 30 de abril de 2010. Posteriormente, en segunda instancia, se condenó al hombre a 50 años de prisión, pero ya había huido.[53]

V. El Estado debe dar a las mujeres más que teoría: de los conceptos a la aplicación

El Estado mexicano conoce la grave situación de violencia contra la mujer. No puede desconocer que cada día mueren 7 mujeres de forma violenta, o que el país está dentro de los 25 del mundo donde más asesinatos violentos

---

[50] *Excelsior*, "Sentencian a asesino de Karen Joanna Sánchez Gochi estudiante de la UNAM", 5 de junio de 2013, disponible en: *http://www.excelsior.com.mx/comunidad/2013/06/05/902696.*

[51] *El Universal DF*, "Caso Karen Joana, un feminicidio que no fue reconocido como tal", 6 de junio de 2013, disponible en: http://www.eluniversaldf.mx/home/caso-karen-joana-un-feminicidio-que-no-fue-reconocido-como-tal.html.

[52] *Cimacnoticias*, "Reabren caso por feminicidio de Karen Joanna Sánchez", 14 de octubre de 2013, disponible en: *http://www.cimacnoticias.com.mx/node/64633.*

[53] *El Universal*, "Matan a la activista Marisela Escobedo", 16 de diciembre de 2010, disponible en: *http://archivo.eluniversal.com.mx/notas/731179.html El Siglo de Torreón*, "Pide abogada esclarecer caso Marisela Escobedo", 8 de octubre de 2012, *https://www.elsiglodetorreon.com.mx/noticia/795039.pide-abogada-esclarecer-caso-marisela-escobedo.html. Sinembargo.mx,* "El caso de Marisela Escobedo sigue siendo un crimen sin resolver; las autoridades aún no brindan lo que ella siempre exigió: justicia", 12 de octubre de 2012, disponible en: *http://www.sinembargo.mx/12-10-2012/393685.*

de mujeres existen. En el marco de este contexto, tomar medidas efectivas para prevenir, erradicar y sancionar esta violencia, debería ser una prioridad.

Es mandato constitucional que el Estado debe garantizar los derechos consagrados en la Constitución y en los instrumentos internacionales que ha ratificado. Dejar la violencia contra la mujer en un plano secundario, implica que el Estado ha decidido ignorar deliberadamente sus obligaciones con la mitad de su población.

Por el contrario, si en cumplimiento del mandato constitucional, da aplicación a su obligación de debida diligencia, el Estado debe tomar medidas adecuadas en relación con el contexto específico que viven las mujeres en el país. En este sentido, no basta tomar medidas generales como la adecuación de la legislación y de los distintos tipos de regulaciones a los estándares internacionales de derechos humanos. Por el contrario, es necesario garantizar que todos los funcionarios y agentes del Estado, sean conscientes de su obligación de debida diligencia frente a la violencia contra las mujeres.

Lograr la conciencia entre los agentes estatales de que la violencia contra la mujer debe ser tratada con acciones razonables dentro de sus competencias, implica más que dar capacitaciones. Es necesario que los agentes que con intención o por negligencia, rigen su conducta por estereotipos de género, minimizan la importancia de denuncias hechas por mujeres, o no cumplen con sus funciones simplemente porque se trata de un caso de mujeres, sean investigados y sancionados por los procedimientos pertinentes por incumplimiento de sus funciones. Es necesario incorporar dentro de las capacitaciones de agentes del Estado la noción de garante de derechos humanos, y la certeza de que ante el incumplimiento de esta función tendrán responsabilidad.

En este camino, deberían fortalecerse tanto los procedimientos como las sanciones administrativas por la entidad de vigilancia de conducta de las entidades del Estado o de carrera (limitaciones en los ascensos, restricciones de acceso a concursos para ocupar plazas públicas, por ejemplo) por la conducta negligente de los funcionarios. No se trata de aumentar la polución normativa del Estado, sino de darle alcance robusto a estos procedimientos ya existentes.

Adicionalmente, es necesario que los funcionarios de alto rango que no han comenzado a cumplir con su obligación de debida diligencia, también sean sancionados administrativa y socialmente.

En relación con el acceso a la justicia, no basta con que el órgano de cierre del sistema de justicia, como la Suprema Corte de Justicia de la Nación, adopte posturas garantistas de los derechos de las mujeres. Es necesario que el horizonte de la aplicación no discriminatoria del derecho permee a tribu-

nales y jueces de todo el país. La jurisprudencia de la Suprema Corte en la materia debería ser incluida de forma permanente en los planes de estudios de los jueces. La obligación de debida diligencia del Estado no se agota en la elaboración de protocolos de género, se necesita que los jueces de toda la República tengan el conocimiento, pero también la voluntad de aplicarlos.

Finalmente, las alertas de género deben declararse con mayor oportunidad, y cuando se den, deben servir para que las autoridades estatales tomen las medidas dirigidas a generar resultados efectivos contra la violencia y contra la impunidad.

El mayor homenaje que se puede hacer a la Constitución mexicana es su cumplimiento. Un cumplimiento de los derechos de todas y todos, sin discriminación.

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA VISTA A LA LUZ DE LOS MODELOS DE TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Dos modelos de tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia: minorista privatista y convencional garantista.* III. *El reconocimiento de los derechos de las personas menores de edad en la Constitución mexicana: el artículo 4o.* IV. *La justicia para adolescentes en la Constitución.* V. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Conmemorar los 100 años de la Constitución mexicana puede ser la oportunidad para hacer una revisión histórica de la evolución de los derechos que protege. En este sentido, el proceso vivido por nuestra carta magna es de claroscuros, pues en algunos ámbitos ha sido de gran avanzada, mientras que en otros no ha logrado siquiera ponerse al día en comparación con otros países y con el derecho internacional de los derechos humanos. Tal es el caso de los derechos de niñas, niños y adolescentes, reconocidos en parte y de manera limitada en el artículo 4o. constitucional. Algo similar ocurre con el artículo 18 constitucional que regula la justicia para adolescentes.

En el tema específico de los derechos de las personas menores de 18 años, la Constitución mexicana ha tenido avances y retrocesos, y no ha logrado consolidar, por lo menos desde la perspectiva constitucional, un adecuado marco de protección que reconozca plenamente a niñas y niños como titulares de derechos. En la redacción del artículo 4o. y del 18 constitucionales se advierten visiones conservadoras de las niñas y niños, propias de una concepción privatista que no corresponde con su reconocimiento como personas. En este sentido, el análisis de la evolución de los artículos dirigidos específicamente a este grupo etario refleja la coexistencia de dos

modelos antagónicos de protección de los derechos humanos: el *minorista privatista* y el *convencional garantista*. En lo que se refiere al artículo 18 constitucional, el tortuoso proceso seguido para permitir a la Federación eludir su obligación de construir un sistema de justicia para adolescentes, constituye el anti ejemplo de cómo legislar y garantizar derechos.

Así, se propone entonces una descripción de la evolución de la redacción de los artículos 4o. y 18 a la luz del derecho internacional en la materia. Como herramienta de análisis se presentan dos modelos teóricos sobre la protección de los derechos de estos grupos con el fin de mostrar lo que subyace a la redacción de cada uno de los artículos. Finalmente, se expone un panorama actual del estado que guarda la Constitución, para dejar entrever las preocupaciones que suscitan las últimas reformas y las consecuencias que éstas podrían tener.

II. Dos modelos de tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia: minorista privatista y convencional garantista

Durante el siglo XX se produjo una gran transformación en la perspectiva sobre las personas menores de edad como titulares de derechos que se vio, de manera limitada, reflejada en la Constitución mexicana. El modelo imperante durante la mayor parte del siglo pasado puede ser identificado como minorista privatista y se basa en la concepción de niñas y niños como sujetos del derecho privado y la tutela de los padres. El modelo convencional garantista surge con la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989. En éste el niño es considerado como sujeto de derecho público y trasciende la calidad de hijo de familia para convertirse en titular de derechos humanos.

Desde la perspectiva del modelo tutelar garantista, el ámbito "normal" de la infancia es la familia y, a partir de lo que se conoce como la "doctrina de la situación irregular", el derecho responde a los "menores" que se encuentran fuera de ella por medio de la institucionalización. Es decir, a los niños en condición de abandono y a los infractores de la ley penal, se les ingresaba en instituciones para "tutelarlos". Así las casas hogar y los consejos tutelares recibían a los niños en "situación irregular" para darles las medidas educativas que sus familias no podían proporcionarles. Es por ello que no había propiamente un sistema jurídico dirigido a la infancia más allá del derecho de familia y del derecho para menores infractores.

Con la Convención sobre los Derechos del Niño nace la "doctrina de la protección integral", pues ésta se caracteriza por estar dirigida a todas las personas menores de edad. Se reconoce un amplio catálogo de derechos y disposiciones específicas con medidas de protección especial para garantizar la titularidad de éstos a todas las niñas y niños.

A continuación se propone un cuadro comparativo de ambos modelos:[1]

Modelo minorista privatista	*Modelo convencional garantista*
Utiliza el término "menor"	Utiliza los términos "niñas, niños y adolescentes", o genéricamente "niño" En ocasiones se utiliza la palabra "infancia" para hacer referencia a los derechos colectivos
Impone obligaciones a algunos actores: padres, maestros, tutores, autoridades.	Reconoce derechos de niñas y niños e identifica las obligaciones correlativas a los derechos y a los sujetos obligados.
Las obligaciones están vagamente formuladas, dejando un gran margen a la interpretación del agente encargado de proteger al "menor".	Los alcances de los derechos están claramente delimitados, especialmente los límites al ejercicio de las obligaciones correlativas.
No se cumple con los derechos de la Convención, por ejemplo, no se reconoce el derecho de la niña o niño a expresar su opinión.	Recoge los derechos de la Convención y otros tratados internacionales en materia de derechos humanos: recoge los principios identificados por el Comité y desarrolla la forma de interpretarlos y aplicarlos.
Puede reconocer derechos, pero no hay un medio para exigir su reparación en caso de vulneración.	Se contempla un mecanismo accesible, así como las obligaciones y procedimientos concretos en caso de vulneración del derecho.

[1] González Contró, Mónica *et al.*, *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, México, Sistema Nacional para el Desarrollo de la Familia (DIF-Nacional)-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

Modelo minorista privatista	*Modelo convencional garantista*
Puede tratarse de una ley con un catálogo amplio de derechos, pero no se establecen los medios para niñas y niños puedan hacerlos efectivos, bien porque no hay un mecanismo, por la ausencia de la instancia correspondiente o porque no es accesible.	Contempla claramente los mecanismos para hacer efectivos los derechos, así como que éstos estén en un lugar accesible al niño, tengan personal especializado que permita expresarse al niño en su propio lenguaje.
Presupone que el "menor" se encuentra dentro del ámbito privado y, por tanto, el Estado no tiene más que una pequeña intervención en la garantía de los derechos.	Presupone que el Estado debe actuar como un agente activo y promotor del cumplimento de los derechos. Para ello utiliza medios para combatir los estereotipos, adecua la legislación y provee servicios públicos.

FUENTE: González Contró, Mónica y Padrón Innamorato, Mauricio, *¿Es el derecho un instrumento para reducir la vulnerabilidad de niñas, niños y adolescentes?* (en prensa).

Esto desde luego tiene un reflejo en el reconocimiento constitucional y en los debates que precedieron a las reformas a los artículos 4o., 18 y 73, como se expondrá a continuación.

III. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MENORES DE EDAD EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: EL ARTÍCULO 4o.

A pesar de considerarse como una Constitución progresista en materia de derechos sociales, el texto de 1917 no hacía referencia alguna a las personas menores de dieciocho años, lo que desde luego no resulta extraño, pues hasta ese momento no había en el imaginario social y jurídico la idea de que las personas menores de edad tuvieran derechos. Lo que sí resulta interesante es que el artículo 1o. establecía que: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución…", siendo que niñas y niños estaban excluidos de las *garantías*, pues no eran titulares de la mayoría de los derechos que estaban reconocidos en ésta. Algunos ejemplos de los derechos que no corresponden a niñas y niños son libertad de profesión o trabajo (artículos 4o. y 5o.), libertad de expresión (artículos 6o. y

7o.), derecho de petición (artículo 8o.), libertad de asociación (artículo 9o.), derecho a poseer armas (artículo 10), libertad de tránsito (artículo 11), derecho al debido proceso (artículos 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19 y 20), prohibición de penas trascendentes (artículo 22), libertad religiosa (artículo 24), libertad de correspondencia (artículo 25). Ciertamente que no eran niñas y niños los únicos excluidos, pues las mujeres y otros grupos tenían también importantes restricciones en el ejercicio de los derechos, si no en el texto, si en la realidad. Es por ello que resulta interesante concebir a la Constitución como un instrumento vivo que se lee a la luz de los criterios de la época y, contrario a lo interpretado por muchos durante muchos años, de una manera literal.[2]

Las únicas alusiones a las personas menores de edad las encontramos en el artículo 31, relativo a las obligaciones de los mexicanos.[3] En éste se establece el deber de los ciudadanos de "hacer que sus hijos o pupilos, menores de quince años, concurran a las escuelas públicas o privadas, para obtener la educación primaria elemental y militar". Es interesante que en el debate relativo al artículo se manifiesta claramente que se trata de imponer una obligación a los padres, y no de reconocer un derecho a los hijos:

> …El niño, por su pequeña edad y por su inexperiencia, bien pudiera suceder que dejase de concurrir al colegio y seguramente que la ley secundaria relativa castigaría al padre de éste por su incuria y abandono. El padre podría excepcionarse ante la ley diciendo que la obligación no es suya, sino de su hijo, y para evitar estas interpretaciones torcidas, ha creído la Comisión que

[2] Un ejemplo ilustrativo de la forma en que se interpreta la Constitución se encuentra en el derecho al voto de las mujeres. En el texto original no se reservaba el derecho a los varones ni encontramos alguna restricción explícita en el artículo 1o. constitucional. El artículo 34 establece que son "ciudadanos mexicanos" quienes tengan 18 años siendo casados y 21 si no lo son y tengan un modo honesto de vivir. A la condición de ciudadanía se vincula la prerrogativa de votar y ser votado en el artículo 35 y siguientes. La redacción es ambigua, pues si bien habla de "ciudadanos" en masculino, al referirse a los "mexicanos" es claro que incluye a varones y mujeres que tienen esta calidad. El resultado es que la Constitución se interpretó que en el caso de los "mexicanos" se abarca a todas las personas, mientras que "ciudadanos" está reservado a los varones, aunque el texto no lo consagre expresamente. Es interesante ver que para conceder el voto a las mujeres se tuvo que incluir la formulación "los varones y las mujeres" para que se interpretara que era un derecho que correspondía a todos.

[3] Resulta interesante que en el artículo 3o. constitucional, relativo al derecho a la educación, no se haga referencia a que se trata de un derecho que debe ser garantizado a las personas menores de edad, a diferencia de lo establecido en el artículo 31 que sí obliga a los ciudadanos a enviar a sus hijos menores de quince años a recibir educación.

> resulta mucho más lógico el imponer como obligación de los padres o tutores que envíen a los niños[4] a las escuelas".[5]

La primera mención de cierto régimen jurídico de tratamiento hacia las niñas y niños en la Constitución, más allá de la educación, se da en 1979, ubicado claramente en el ámbito de los derechos sociales.[6] La reforma, según se desprende de la iniciativa enviada por el Ejecutivo, se da con motivo de la declaración por parte de la Asamblea General de Naciones Unidas de 1979 como Año Internacional del Niño y la solicitud hecha por este órgano a los países miembro de revisar las "acciones internas, la estrategia establecida y las disposiciones legales existentes, a fin de procurar nuevos programas a beneficio de la niñez, buscando su mayor bienestar".[7] En el dictamen que correspondió a la iniciativa, se entiende que el reconocimiento del deber de los padres hacia los hijos complementaba la protección e integración familiar ya reconocido constitucionalmente.[8]

Así, el 18 de marzo de 1980 se publica en el *Diario Oficial de la Federación* la adición al artículo 4o. constitucional para quedar como sigue:[9] "Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas".

---

4 Que en el debate constituyente se utilice la palabra niños, la cual no correspondía al lenguaje jurídico de la época, puede constituir una muestra de la vigencia de la doctrina, de la situación irregular. Son "niños" porque son los "hijos" de los mexicanos.

5 AA.VV., *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, 7a. ed., México, Miguel Ángel Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, t. III, p. 201.

6 "Ante esta panorámica del nacimiento y evolución de las garantías sociales de nuestro país, es de destacarse que el artículo 4o. constitucional está exigiendo que se le complemente con el señalamiento del deber de los padres para preservar los derechos del menor y la protección subsidiaria que al mismo presenten las instituciones públicas". Iniciativa de decreto que adiciona un tercer párrafo al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, enviada por el Ejecutivo federal. AA.VV., *Derechos del pueblo Mexicano, op. cit*, t. VII, nota 5,p. 9.

7 *Ibidem,* p.10.

8 En las intervenciones con motivo del debate de la iniciativa hay claras alusiones a la familia y a los deberes de los progenitores.

9 Es interesante observar que en el debate que se dio en la Cámara de Diputados con motivo de la discusión, aparece un argumento —esgrimido por el diputado Herrera Beltrán— en relación con el niño como sujeto de derecho para apoyar a la iniciativa: "Por primera vez se establece el menor como sujeto directo de derecho, y no derivado del estatus de sus padres o de los adultos en general y sienta las bases para ser la protección más efectiva mediante la unificación y sistematización de disposiciones que están hasta ahora dispersas en varios ordenamientos legales." AA.VV., *Derechos del pueblo mexicano, op. cit*, t. VII, nota 5, p. 27.

Como se puede advertir, pese a que supone un paso en el reconocimiento de los derechos de niñas y niños, el texto constitucional tiene los rasgos del enfoque minorista privatista, pues se refiere a los destinatarios como "menores", impone deberes a los padres y no contempla mecanismos de garantía de los derechos ni su accesibilidad. La redacción refleja claramente que niñas y niños eran sujetos del derecho privado y debían ser considerados en el contexto familiar, es decir, en su condición de hijas e hijos. Aquellos que no tienen familia están ausentes del artículo constitucional.

La siguiente reforma constitucional tardó veinte años en llegar. En 2000 se publica otra adición al artículo 4o. constitucional con el objeto de adecuar su contenido a la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el senado el 31 de julio de 1990 y promulgada el 25 de enero de 1991.

Una iniciativa fue presentada por un grupo de diputados de la LVII Legislatura,[10] en la exposición de motivos se habla de la integralidad de los derechos de los menores:

> Es innegable que en el mundo globalizado en que hoy vivimos, se requiere contar con una disposición jurídica que no separe los derechos civiles y los políticos de los derechos económicos, sociales y culturales. Precisamente lo que se busca en la iniciativa, es un enfoque integral de los derechos de los menores".[11]

Se reafirma también la función del Estado: "El Estado, como expresión máxima de la organización jurídica política del país, debe ser confirmado como el principal garante del sano desarrollo de los menores, ofreciendo a éstos, canales efectivos para el disfrute y ejercicio de sus derechos".[12] Esta propuesta enlistaba un catálogo importante de derechos, establecía el goce de las demás garantías consagradas en la Constitución, leyes y tratados internacionales ratificados por México, sin embargo, no fue aceptada. En el senado de la República también fue presentada una iniciativa, de alcances mucho más limitados y análogos de los de la redacción que finalmente fue aprobada y que fue resultado de un dictamen hecho en la Cámara de Senadores[13] publicado el 7 de abril de 2000:

---

[10] AA.VV., *Derechos del pueblo mexicano, op. cit*, t. XIII, nota 5, p. 745.

[11] *Ibidem*, p. 746.

[12] *Idem.*

[13] En la iniciativa presentada por el senador Alfonso Martínez Domínguez se muestra claramente una visión sobre la adopción: "(…) Nuevo León puede ser ejemplo de ello, existen muchísimas parejas que adoptan un menor, porque la naturaleza le ha negado el privilegio de tener hijos propios". Esta cita es una joya que muestra la visión privatista de niñas y niños y resume los prejuicios y la discriminación en contra de la adopción que han sido un

> Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.
>
> Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.[14]
>
> El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

En el debate que concluyó con la aprobación de esta iniciativa, aparece la importancia de reconocer responsabilidades a otros actores:

> Es también, una consecuente aplicación del principio de subsidiaridad; que no sea un solo actor el que tengo como responsable del abandono en que se encuentran grandes grupos de niños y jóvenes en nuestro país; que participe y asuma su responsabilidad el Estado.[15]

Otro argumento interesante planteado en el contexto del debate parlamentario se relaciona con el federalismo y la invasión que la ley reglamentaria del artículo 4o. suponía:

> aquí escuché que metiendo este artículo va a venir una ley reglamentaria, señores eso es contrario al más elemental federalismo, la materia civil corresponde a los estados, todas esas instituciones, de alimentación, de abandono de hogar, de tutoría, de matrimonio, de familia, están en el Código Civil.[16]

En contraste, se dieron argumentos claramente vinculados con el reconocimiento del cambio de modelo que suponía la reforma al artículo 4o. constitucional: "Es un asunto sobre niños y niños, no sobre hijos o no sobre hijas.[17]

---

obstáculo importante para garantizar los derechos de niñas y niños sin cuidado parental. AA. VV., *Derechos del pueblo mexicano*, *op. cit.*, t. XIII, nota 5, p. 749.

[14] Ya desde entonces se vinculaban algunas resistencias a reconocer los derechos de niñas y niños en la Constitución con un tema presupuestal. En una intervención el 10 de diciembre de 1999, el senador Alfonso Martínez Domínguez expresa lo siguiente: "Por ahí se ha dicho que no se aprueba esta iniciativa porque implica un gasto extraordinario para el gobierno, esto es absolutamente falso, porque ya hay medidas sueltas en la Constitución que establecen garantías y derechos que no están específicamente consagrados, como son los desayunos escolares y otros de la mayor importancia", *Ibidem,* p. 758.

[15] *Ibidem*, p. 763.

[16] *Ibidem*, p. 786.

[17] *Ibidem*, p. 797.

Entre los avances más importantes de esta reforma podemos mencionar que por primera vez aparece el término niñas y niños en la Constitución, también se les reconoce claramente como titulares de derechos y no simples destinatarios de obligaciones. En la línea convencional garantista se identifica a los sujetos obligados más allá de los padres: ascendientes, tutores y custodios y se señala claramente al Estado como garante de los derechos. Sin embargo, el reconocimiento de los derechos es limitado en relación con los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño y se reducen a derechos económicos y sociales, omitiendo los derechos civiles y políticos. Tampoco se contemplan mecanismos de garantía de los derechos accesibles a niñas y niños como corresponde a un modelo con enfoque de derechos humanos.

La más reciente reforma al artículo 4o. en materia de derechos de la infancia y adolescencia, fue acompañada por la reforma al artículo 73[18] que faculta al Congreso de la Unión para crear una ley general reglamentaria. Fueron publicadas unos meses después de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, el 12 de octubre de 2011. Mediante la reforma se introduce el principio del "interés superior de la niñez" como un eje rector de todas las medidas que se apliquen a niñas y niños.

> Artículo 4o. (…)
>
> En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.
>
> Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar y exigir estos derechos y principios.
>
> El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

La adición de la fracción XXIX-P al artículo 73, que facultó al Congreso de la Unión para expedir leyes que establezcan la concurrencia de la Federación, los Estados y el Distrito Federal en materia de derechos de niñas y niños, posibilitó la presentación de la iniciativa preferente y posterior aprobación de una ley general que garantizara los derechos de la infancia y adolescencia, unificando de una vez por todas los derechos humanos de niñas y niños en todo el territorio nacional.

---

[18] Cabe destacar que se presentaron 17 iniciativas en la Cámara de Diputados para reformar los artículos 4o. y 73, las cuales fueron integradas en un dictamen elaborado por la Comisión de Puntos Constitucionales.

En este punto es pertinente hacer una breve reflexión sobre la reforma al artículo 4o. relativa a la comprensión de los efectos de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, que había sido publicada el 10 de junio de ese mismo año. Como es bien sabido, al modificarse la denominación del título primero de la Constitución y reconocerse las normas que reconocen los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales ratificados por México, se incorporan una serie de derechos humanos a la protección constitucional. La reforma establece también los principios *pro persona* y de interpretación conforme a los tratados, que obligan a aplicar la norma más protectora de derechos humanos, ya sea que esté contenida en la Constitución o en un tratado internacional.

La consecuencia de esta reforma en materia de derechos de niñas y niños fue reconocer jerarquía constitucional a los derechos de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este instrumento internacional contiene un amplio catálogo de derechos que supera, con mucho, los modestos alcances del artículo 4o. La Convención reconoce libertades, derechos políticos, sin dejar de lado los derechos económicos, sociales y culturales y los temas de protección especial, que, según el Comité de los Derechos del Niño, pueden clasificarse en los siguientes rubros:[19] Medidas generales; definición del niño; principios rectores; derechos y libertades civiles; entorno familiar y otro tipo de tutela; salud básica y bienestar; educación, esparcimiento y actividades culturales y medidas especiales de protección.

En contraste, el artículo 4o. constitucional se limita a los derechos de *alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral*. Por ello, resulta poco comprensible que se haya reformado el artículo 4o., cuando el principio del interés superior del niño ya había sido incorporado con la reforma en materia de derechos humanos y es una muestra de que el constituyente permanente no entendió los alcances de su propia reforma y reafirma la visión minorista privatista hacia la infancia.[20]

Si bien no puede hablarse de una evolución lineal o de modelos puros, el debate legislativo y la redacción de los artículos constitucionales dan cuenta de las visiones sobre las niñas y niños y sus derechos. Son notables las diferencias en los discursos del debate parlamentario de la reforma de 2000

[19] Comité de los Derechos del Niño; Orientaciones Generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados partes con arreglo al Apartado a) del primer párrafo del artículo 44 de la Convención (1991) (CRC/C/5, 30 de octubre de 1991).

[20] Una explicación que se desprende del debate legislativo es que, mediante la reforma, se pretendía cumplir con una observación del Comité de los Derechos del Niño al Estado mexicano con motivo del informe presentado en 1999. Sin embargo, es extemporáneo y muestra que los legisladores no entendieron que ya habían cumplido con la observación al reformar el artículo 1o. constitucional.

y la de 2011, pues mientras que en la primera muchos de los miembros del Congreso de la Unión hablaban de nuestros "hijos" en la segunda hay un claro reconocimiento de las personas menores de edad como sujetos de derecho público. Ello no impidió que, desafortunadamente, la reforma fuera incompleta, pues además de la inadecuada comprensión de los efectos de la reforma en materia de derechos humanos sobre los derechos de niñas y niños, se advierten otros errores graves.

Uno de ellos es la confusión entre el interés superior del niño con el interés superior de la niñez. Mientras que el primero se desprende de la Convención e identifica titulares individuales de derechos, el segundo es una desafortunada formulación mexicana que utiliza de manera incorrecta el término.[21] Otra deficiencia estriba en la falta de reconocimiento de los demás principios rectores identificados por el Comité de los Derechos del Niño: no discriminación, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo y respeto a los puntos de vista del niño.[22] No hay razón alguna que justifique dar prioridad a un principio sobre los otros mediante su incorporación en la Constitución. Finalmente, se desaprovechó la oportunidad para incluir el término adolescentes, con el fin de armonizar el lenguaje del artículo 4o. con el del artículo 18 y con el desarrollo legislativo que los derechos de este grupo etario han tenido a partir de 2000. Lo anterior pese a que varias iniciativas presentadas lo incluían.

El saldo, sin embargo, es positivo. A pesar de las falencias, hoy tenemos una Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes derivada de una iniciativa con carácter de trámite preferente enviada por el presidente de la República al Congreso de la Unión el 1o. de septiembre de 2014. Esta ley crea una nueva institucionalidad para dar cumplimiento a los derechos de la infancia y adolescencia sin precedentes en el país.

IV. La justicia para adolescentes en la Constitución

Originalmente la Constitución mexicana no establecía un sistema especializado de justicia para adolescentes, y tampoco se refería a una edad para imputar a las personas penalmente. Se entendía así que ésta era una atribu-

[21] La palabra "niñez" hace referencia a una etapa de la vida humana según la RAE, la cual desde luego que no puede ser titular de derechos humanos.

[22] Comité de los Derechos del Niño; observación general núm. 5 (2003); medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44) (CRC/GC/2003/5).

ción de los congresos locales, de acuerdo con el artículo 124[23] y su regulación quedó a cargo de diversas leyes y reglamentos de carácter local y federal (incluido los Códigos Penales y de Procedimientos Penales), aunque sin un claro fundamento constitucional.

No es sino hasta 1965 que aparece un primer esbozo de un tipo de justicia especializada para adolescentes en el Constitución mexicana. En el marco de una propuesta de reforma en materia penitenciaria general (es decir, para las personas adultas), se debate sobre la necesidad de establecer un sistema diferenciado para los adolescentes, aunque se deja a los estados la determinación de la edad penal. En el debate se exponen diversas posturas sobre la regulación de la justicia para adolescentes, incluso la fracción parlamentaria del Partido Acción Nacional advierte sobre el riesgo de que, al no establecerse claramente que se trataba de "menores infractores de la ley penal" pudiera justificarse la aplicación de sanciones —medida de internamiento— por conductas no tipificadas como delitos.[24] Pese a los argumentos en contra, se excluyó esta expresión y terminó pasando lo que se preveía, que durante muchos años de vigencia del sistema tutelar se aplicaron medidas "reeducativas" a quienes habían cometido faltas administrativas.

La redacción del artículo 18 establecía someramente la obligación de los estados de establecer instituciones para los "menores infractores"; como se ha mencionado, tenía un enfoque penitenciario, no procesal, es decir, se dirigía a la medida que había de imponerse, no a la forma de determinar la imposición de dicha medida: "La Federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores".

Es evidente que esta formulación constitucional respondía a la visión minorista privatista, pues se refiere a la institucionalización de los "menores infractores" de manera genérica, dejando un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad, incluso respecto de la edad de imputabilidad penal.

En 1973 se celebró en México el Primer Congreso Nacional sobre el Régimen Jurídico del Menor que sugirió a los estados sustituir los tribunales de menores por consejos tutelares. Con este acontecimiento se transita de un enfoque "correccional" que pretendía "enderezar" al adolescente desviado, a un enfoque "tutelar" que tiene como base una visión de los adolescentes como seres necesitados de ser reeducados. Como resultado se formó

[23] En el dictamen a la iniciativa de reforma del artículo 4o. de 1979 se hace alusión al sistema de justicia para "menores infractores" "Conforme a la legislación penal, se considera que los menores son infractores de las normas, no delincuentes y por tanto están sujetos a una educación que se imparte en planteles especiales para su readaptación social", AA.VV., *Derechos del pueblo mexicano, op. cit*, t. VII, nota 5, p. 11.

[24] *Ibidem*, t. V, nota 5, pp. 358 y 359.

una comisión que redactó la Ley que crea el Consejo Tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de agosto de 1974. El objetivo de la ley fue separar completamente a los "menores" de la justicia penal para someterlos a medidas exclusivamente tutelares y reeducativas. Esta ley fue sustituida en 1991 por la Ley del Consejo de Menores que introduce algunos derechos, aunque prevalece la visión tutelar.

Es importante mencionar que durante este período la determinación de la edad de responsabilidad penal seguía siendo una atribución de las entidades federativas, lo que tuvo como resultado que en doce de éstas la edad penal se situara por debajo de los 18 años.

El artículo 18 se reformó nuevamente en 2005, como resultado de varias iniciativas y de un intenso debate para armonizar el régimen constitucional para los adolescentes en conflicto con la ley penal con la Convención sobre los Derechos del Niño, en especial lo establecido en los artículos 37 y 40. Mediante esta reforma se incorporaron importantes derechos que habían sido negados a los adolescentes bajo el régimen tutelar, con el argumento de que no se trataba de un sistema de naturaleza penal.

Así, se reconocen las garantías del debido proceso y se homologa la edad penal para toda la República, definiéndose a los dieciocho años. El nuevo sistema establece tres regímenes: los menores de doce años, a quienes se considera inimputables y por tanto quedan excluidos del sistema, a los adolescentes mayores de doce y menores de catorce que son sujetos del sistema, pero no puede serles impuesta una medida de internamiento y a las personas de catorce y menos de dieciocho, que pueden ser sujetos de internamiento como último recurso, por el tiempo más breve que proceda y sólo por delitos calificados como graves.[25]

En el debate parlamentario también se expusieron posturas tradicionales de la justicia para adolescentes: quienes propugnaban por una fórmula más dura que ampliara la posibilidad de imponer medidas de internamiento para las personas menores de catorce años, junto con quienes proponían elevar la edad para esta medida a los quince. Una demanda que fue atendida —desafortunadamente— sugirió eliminar de la exposición de motivos los cinco años como lapso máximo de internamiento.[26] Hoy tenemos

[25] La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que la justicia para adolescentes debe cumplir con los siguientes principios: especialización, debido proceso, principio de legalidad, principio de mínima intervención e interés superior del adolescente, que supone el respeto integral de sus derechos.

[26] *Ibidem*, t. XV, nota 5, pp. 561-588.

una gran disparidad de medidas máximas de internamiento, aunque el piso máximo de cinco años pasó a ser el mínimo en las leyes locales.

Un dato interesante del proceso de aprobación de la reforma fue que, originalmente, se proponía que el artículo 18 incluyera el término "penal" para describir el carácter del sistema y que, junto con el artículo 18, se modificara el 73 para atribuir facultades al Congreso de la Unión para expedir las bases normativas y de coordinación para el funcionamiento del "sistema de justicia penal para adolescentes". Ambos elementos fueron eliminados en el dictamen que se presentó al Senado: el primero —el carácter penal— con el argumento de que su utilización causaba confusiones con el sistema para personas adultas, mientras que el segundo se eliminó por no considerarse necesario, ya que el texto del artículo 18 establecía ya las características del nuevo sistema para que las entidades federativas lo atendieran.[27] Lo paradójico del tema es que, diez años después, ambos elementos fueron incorporados a la Constitución mediante otra reforma.

La Federación, los estados y el Distrito Federal establecerán, en el ámbito de sus respectivas competencias, un sistema integral de justicia que será aplicable a quienes se atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales y tengan entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, en el que se garanticen los derechos fundamentales que reconoce esta Constitución para todo individuo, así como aquellos derechos específicos que por su condición de personas en desarrollo les han sido reconocidos. Las personas menores de doce años que hayan realizado una conducta prevista como delito en la ley, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

La operación del sistema en cada orden de gobierno estará a cargo de instituciones, tribunales y autoridades especializados en la procuración e impartición de justicia para adolescentes. Se podrán aplicar las medidas de orientación, protección y tratamiento que amerite cada caso, atendiendo a la protección integral y el interés superior del adolescente.

Las formas alternativas de justicia deberán observarse en la aplicación de este sistema, siempre que resulte procedente. En todos los procedimientos seguidos a los adolescentes se observará la garantía de debido proceso legal, así como la independencia entre las autoridades que efectúen la remisión y las que impongan las medidas. Éstas deberán ser proporcionales a la conducta realizada y tendrán como fin la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades. El internamiento se utilizará sólo como medida extrema y por el tiempo más breve que proceda, y podrá aplicarse únicamente a los adolescentes

[27] *Ibidem*, pp. 490-596.

mayores de catorce años de edad, por la comisión de conductas antisociales calificadas como graves.

Un dato importante derivado de la reforma de 2005 al artículo 18 fue que detonó un proceso de adecuación legislativa e institucional en las entidades de la República. Más temprano o más tarde los estados y el Distrito Federal aprobaron leyes en la materia y crearon las instancias correspondientes para el funcionamiento del sistema. En contraste, en el ámbito federal nunca hubo una ley vigente y, consecuentemente, tampoco se creó un sistema especializado como dispone el artículo 18 constitucional. Pese a que al momento de aprobarse la reforma había ya una iniciativa de ley que conjuntaba varias propuestas, ésta nunca se aprobó.

Hay que mencionar que en el transitorio de la reforma constitucional no se señaló un plazo específico para que la Federación aprobara la ley correspondiente. El artículo transitorio[28] se refería exclusivamente a los estados de la federación y al Distrito Federal para que, en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor del decreto,[29] crearan las leyes, las instituciones y los órganos necesarios para su aplicación.

Desde abril de 2004 se había enviado una iniciativa el Congreso de la Unión por parte del Ejecutivo Federal de una ley federal de justicia para adolescentes. A esta iniciativa se sumaron otras tres presentadas por legisladores, que fueron integradas en una sola que fue presentada y aprobada en el Senado de la República en 2006. En abril de 2007 la Cámara de Diputados aprobó con modificaciones el dictamen y lo regresó a la Cámara de Origen. Sin embargo, esta iniciativa nunca fue aprobada por la Cámara de Senadores.

Con ello se generó un grave vacío legal, pues el texto constitucional establecía claramente la obligación de que existiera un sistema integral de justicia para adolescentes, pero la ley reglamentaria nunca fue aprobada. Ello significaba que no había tribunales competentes para juzgar a los adolescentes a quienes se acusara de cometer delitos federales ni órganos e instituciones para la ejecución de las medidas. Ante este escenario, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió en 2008 una contradicción de tesis que derivó en el tesis jurisprudencial 25/2008 sobre la competencia en materia de justicia para adolescentes en el caso de delitos federales. En ésta reconoce la competencia para juzgar a los adolescentes a quienes se

[28] Los estados de la federación y el Distrito Federal contarán con seis meses a partir de la entrada en vigor del decreto, para crear las leyes, instituciones y órganos que se requieran para la aplicación del presente decreto.

[29] El decreto entró en vigor tres meses después de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, de manera que el plazo se vencía en septiembre de 2006.

atribuyera la comisión de una conducta tipificada como un delito federal a los tribunales especializados en justicia para adolescentes de los estados y el Distrito Federal.[30]

El 14 de agosto de 2009 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma a los transitorios de la reforma constitucional publicada el 12 de diciembre de 2005 por la que se concede un año a la Federación, a partir de la entrada en vigor, para expedir las leyes y crear los órganos necesarios para la puesta en marcha del sistema de justicia para adolescentes. En marzo del mismo año el senador Murillo Karam había presentado una iniciativa en la materia que se aprobó al año siguiente en la Cámara de Senadores y fue enviada a la Cámara de Diputados, donde se aprobó con modificaciones en marzo de 2012 (incumpliendo el plazo derivado del transitorio reformado) y finalmente se publicó el 27 de diciembre de 2012 en el *Diario Oficial de la Federación*. Los transitorios de la ley federal establecían dos años para la entrada en vigor de la ley, esto es, en 2014. Pese al evidente retraso de la ley federal finalmente publicada, ésta tampoco llegó a entrar en vigor, pues el 24 diciembre de 2014 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* una reforma al régimen transitorio de la ley federal, que establece que el decreto "entrará en vigor una vez que haya entrado en vigor el Código Nacional de Procedimientos Penales en la Federación, en todas las entidades federativas y del Distrito Federal". Cabe señalar que la ley aprobada y publicada era, en algunos puntos, inconsistente con la reforma penal en materia de juicios orales de 2008. Por ejemplo, no se contemplaba la oralidad en el juicio.[31]

En resumen, en diez años de vigencia de la reforma constitucional, hemos tenido tres iniciativas importantes, una ley aprobada que nunca entró en vigor y una técnica legislativa basada en la reforma a los artículos transitorios.

Como se mencionó, en 2015 se publicó una nueva reforma constitucional con el fin de adecuar la justicia para adolescentes a la reforma en materia de justicia penal, publicada en 2008. El texto constitucional incorpora la oralidad y el carácter acusatorio a la justicia para adolescentes, aunque se eliminó del texto constitucional el requisito de que la medida de internamiento procede únicamente tratándose de delitos calificados como graves. La reforma incluyó una modificación a la fracción XXI inciso c) del artículo

[30] DELITOS FEDERALES COMETIDOS POR ADOLESCENTES MENORES DE DIECIOCHO Y MAYORES DE DOCE AÑOS DE EDAD. SON COMPETENTES LOS JUZGADOS DE MENORES DEL FUERO COMÚN (RÉGIMEN DE TRANSICIÓN CONSTITUCIONAL). Tesis jurisprudencial 25/2008.

[31] Artículo 57. El juicio se desahogará de manera escrita y formal, privilegiando en todo momento la inmediación, inmediatez y celeridad procesal del juzgador en las actuaciones, atendiendo a la supletoriedad del Código Federal de Procedimientos Penales.

73 que reconoce facultades al Congreso de la Unión para expedir una legislación única en materia de justicia penal para adolescentes.[32]

La reforma de 2015 se aprobó prácticamente sin debate parlamentario, pues algunos representantes de los distintos partidos políticos se limitaron a expresar las bondades de la iniciativa. Se mencionó en diversas ocasiones que con esta nueva redacción constitucional se daba mayor garantía a los derechos de las personas adolescentes en conflicto con la ley penal.[33] Desde mi perspectiva estas afirmaciones resultan dudosas, pues si bien es cierto que se incorporó explícitamente el carácter oral y acusatorio de la justicia para adolescentes, esto era innecesario si se hubiesen interpretado correctamente los alcances del artículo 18 de 2005, de acuerdo con lo establecido por los tratados internacionales.

Lo que sí constituye una novedad respecto de la anterior redacción, es el carácter penal del sistema, que ahora queda establecido constitucionalmente. Sin embargo, éste no quedó plasmado en el artículo 18 constitucional como sería lo adecuado, sino que se incluyó en el artículo 73, al establecer las facultades del Congreso de la Unión. Como se mencionó, la reforma de 2005 excluyó deliberadamente el término "penal" con el argumento de que así se evitaban confusiones con el sistema de adultos. En 2015 se modificó la naturaleza misma del sistema sin debate y se hizo mediante un artículo adjetivo, no sustantivo, lo que constituye una técnica constitucional cuestionable, por decir lo menos.

V. CONCLUSIONES

El proceso para reconocer a las personas menores de edad como titulares de derechos implica una profunda transformación social y jurídica. Los modelos presentados —minorista privatista y convencional garantista— responden también a las percepciones sociales, a las cuales desde luego no son ajenos los legisladores. Es por ello que la evolución constitucional da cuenta de visiones y prejuicios no superados.

---

32 Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

XXI. Para expedir:

c) La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común.

33 Cámara de Diputados, *Diario de los Debates*, LVII Legislatura, pp. 83-113, 21 de abril de 2015 *http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/62/3er/2P/Ord/abr/01L62A3P224.html.*

Una de las mayores dificultades radica precisamente en que niñas, niños y adolescentes están completamente excluidos de los debates y procesos de reforma constitucional, precisamente porque no les han sido reconocidos derechos políticos. Este grupo carece de representación política propia de la democracia representativa y no se ha encontrado aún la fórmula para darles intervención en los asuntos que les afectan. La resistencia a reconocerles derechos de participación se desprende de la formulación del artículo 4o. constitucional y se confirma con la última reforma que incorpora el principio del interés superior de la niñez, luego de que había sido modificado el artículo 1o. constitucional.

Afortunadamente el artículo 1o. constitucional obliga a la interpretación conforme y *pro persona*, dejando de lado la intención del legislador. Por ello, la lectura de los artículos constitucionales en materia de derechos de niñas, niños y adolescentes debe obedecer a los más altos estándares en la materia y no a las intenciones y visiones estereotipadas del Constituyente permanente. Sin embargo, no hay que olvidar que los diputados y senadores reflejan en buena medida las percepciones sociales imperantes, que tienen importantes repercusiones en la aplicación de los derechos humanos. Es por ello interesante revisar los argumentos que se utilizan para sustentar las reformas constitucionales.

Es especialmente relevante comprender que el debate sobre la protección constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes está abierto e inconcluso. Si bien hay algunos avances, las asignaturas pendientes son aún numerosas; la Constitución hoy reconoce derechos, aun de forma limitada, lo que puede considerarse como un avance, pero nuestro sistema constitucional todavía carece de los mecanismos para hacerlos efectivos, sobre todo faltan medios accesibles a las propias niñas, niños y adolescentes. La institucionalidad está por construirse, aunque hoy contamos ya con una ley y un sistema de protección que empieza a operar.

Si bien podemos decir que la Constitución mexicana es añeja, en lo que se refiere a los derechos de las personas menores de edad nuestra carta magna se encuentra aún en la etapa de la infancia.

LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA PENAL EN MÉXICO 1993-2008. UNA EXPLICACIÓN DESDE LA SOCIOLOGÍA JURÍDICA

Alberto ABAD SUÁREZ ÁVILA*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El proceso de reforma penal en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1993 a la fecha*. III. *Explicaciones al contenido epistemológico de la reforma penal en México*. IV. *Condiciones teóricas para una explicación sociojurídica desde la* "cultura del control".

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional del 18 de junio de 2008 cambió varios paradigmas del sistema penal mexicano, encumbrando un largo proceso de modificaciones constitucionales iniciado en 1993.[1] Los principios constitucionales del derecho penal mexicano se modificaron en el plazo de quince años para dar paso a una nueva realidad jurídica que los académicos aún intentamos explicar hoy. El proceso de reforma penal, inclusivo de tantos temas, dominado por epistemologías diversas y regulador de temas como el combate a la delincuencia organizada, el sistema procesal penal y los derechos humanos de acusados y víctimas, es por demás complejo.[2]

La mayoría de los autores que estudian este proceso de reforma constitucional en materia penal, lo hacen privilegiando una visión cercana particularmente a las teorías del "derecho penal del enemigo" de Günther Jak-

* Investigador de tiempo completo y coordinador del Área de Sociología del Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I. El autor agradece la recopilación de información a José Juan Martínez Mateo y Alfredo Portilla.

[1] Decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* de 3 de septiembre de 1993 que reforma los artículos 16, 19 y 20 y derogó la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[2] Ley Federal de la Delincuencia Organizada, cuerpo del delito.

obs.[3] Quienes ven en el proceso de reforma penal un incremento progresivo de la función punitiva del Estado, ponen énfasis en el hecho de que se ha priorizado la idea del "combate a la delincuencia organizada".[4] Para estos autores, el proceso reformador constitucionalizó un esquema de ausencia de protección de derechos humanos, dando la posibilidad al Estado mexicano de combatir a la delincuencia organizada con poderosas instituciones que prácticamente establecen un "régimen de excepción" en el nivel constitucional. Desde esta perspectiva, el proceso de reforma es mostrado como autoritario en la medida que permite al Estado tener un mayor campo de acción, reduciéndose la posibilidad de ser sujeto de rendición de cuentas frente el combate frontal a quien él mismo define como su enemigo, aunque este último sea un sujeto bastante indeterminado.

Los partícipes de este tipo de explicaciones tienden a destacar el proceso como la constitucionalización de una serie de violaciones a los derechos humanos en México como la figura del arraigo, prisión preventiva oficiosa, duplicidad de términos, etcétera. La discusión más importante dentro de esta perspectiva se encuentra entre quienes justifican su existencia por "la importancia del problema de la criminalidad en México"[5] y quienes la critican por considerarla injustificada, partiendo de cualquier perspectiva que respete los derechos humanos.[6]

Desde una perspectiva completamente distinta, otro sector de la academia pone énfasis el resultado normativo del proceso reformador como una transición positiva hacia la protección de los derechos humanos, considerándolo parte de un movimiento regional a favor de los derechos humanos que se expresa en la Constitución con nuevos contenidos *garantistas*.[7] Estos autores no obvian el impacto negativo que tiene la construcción de un régimen de excepción de combate a la delincuencia organizada, pero lo mi-

---

3 Günther, Jakobs y Cancio M. Manuel, *Derecho penal del enemigo*, España, Bosch, 2009.

4 Véase, Plascencia, Raúl, "Situación actual de los derechos humanos en México", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal Olga (coords.), *La situación actual del sistema penal en México, XI Jornadas sobre Justicia Penal*, Mesa 9, Política Criminal, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 7.

5 Los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos de América y el aumento en los niveles de violencia y criminalidad en América Latina sirvieron a varios gobiernos del continente americano de justificación para adoptar normas especiales en materia de seguridad, véase Toledo, Cecilia, *El uso e impactos del arraigo en México*, México, Fundar, Centro de Análisis e Investigación, 2014, p. 5.

6 Véase Moreno, Moisés, "Política Criminal frente a la delincuencia", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *op. cit.*, p. 157.

7 Moreno, Everardo, *El nuevo proceso penal mexicano,* México, Porrúa, 2010.

nimizan para entender la reforma en su conjunto como la inclusión de una serie de disposiciones tendientes a crear un sistema procesal más justo, que tiene como finalidad asegurar que el principio de presunción de inocencia permanezca y que la actividad estatal sea más eficaz y con mejores posibilidades de justicia. Quienes ven en la reforma un cambio *garantista*, observan que corrige ausencias en el procedimiento tradicional penal en México, origen de grandes injusticias sociales e importantes ineficiencias del sistema.

¿Cómo es posible que dos visiones epistemológicas tan distintas sobre el delito puedan coexistir en la Constitución como resultado del proceso de reforma penal entre 1993 y 2008? Ambas corrientes explicativas tienen un sustento epistemológico amplio y en mucho dependen de la perspectiva del contexto que se esté observando para considerar sus alcances. Sin embargo, dejan pendiente para quienes analizamos el tema desde la sociología jurídica ir más allá para superar el ámbito normativo en que permanecen y tratar de resolver la paradoja que presentan. El proceso de reforma penal es un fenómeno que escapa a los límites de la dogmática penal y por lo tanto es prioridad de la sociología jurídica aportar a su conocimiento.

La propuesta del artículo, que se presenta en el marco de la celebración de los cien años de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por la amable invitación de los colegas Luis Rene Guerrero Galván y Carlos Pelayo Möller, es explicar la complejidad que presenta la reforma en esta aparente contradicción entre dos epistemologías jurídicas distintas. Se exploran las posibilidades que tiene la teoría de la *cultura del control* de David Garland para analizar el caso mexicano.[8]

En el artículo se usa esta teoría para tratar de romper la distancia que existe en la academia entre quienes explican la reforma constitucional desde la noción del derecho penal del enemigo y quienes se inspiran en la idea de una renovada protección a los derechos humanos basado en la construcción de un *ius commune* latinoamericano. Se parte del principio de que la modernidad se vive distinta en cada lugar con su complejidad, lo que hace posible que dos tendencias epistemológicas de pensar al delito tan diversas, efectivamente convivan dentro del texto constitucional como resultado del proceso de reforma en materia penal.

---

[8] Garland, David, *La cultura del control, crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, trad. de Maximo Sozzo, Gedisa, 2005. Para el autor, Estados Unidos y el Reino Unido viven desde los años setenta un *giro punitivo* promovido por la instauración de una *cultura del control*. Este fenómeno es característico de la modernidad tardía que viven esos países.

II. El proceso de reforma penal en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1993 a la fecha

Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal, dos grandes juristas mexicanos, son quienes más tiempo han dedicado a estudiar la reforma penal en México.[9] Dando seguimiento al trabajo de estos investigadores, tanto de autoría propia como compilatorio, es posible situar la reforma penal en México como un proceso que inicia en la década de los noventa, específicamente con la reforma constitucional de 1993 y continúa hasta la fecha, siendo la reforma del 18 de junio de 2008 la más relevante hasta el momento.

Anterior a 1993 se realizaron algunas reformas al texto constitucional, pero ninguna de la importancia del cambio vivido a partir de esa fecha. Por ejemplo en 1948 se adicionó al artículo 20 constitucional una fracción primera para dar posibilidad a libertad bajo fianza en delitos cuya media aritmética fuera menor a cinco años de prisión, incrementándose el monto máximo hasta $250,000.00 pesos para la fianza (en la redacción original de 1917 el límite era de $10,000.00).[10] En lo que parece el cambio más relevante de ese periodo, en 1965 se reformó el artículo 18 constitucional para regular la prisión preventiva y el sistema de readaptación social orientándolo a la educación y al trabajo, una medida característica de un *estado penal de bienestar*.[11] En 1977 volvió a modificarse el artículo 18 constitucional para establecer la posibilidad del traslado internacional de reos para cumplir con

[9] González Mariscal, Olga Islas de y García Ramírez, Sergio, *http://www.juridicas.unam.mx/invest/directorio/*.

[10] "Artículo único: Se reforma y adiciona la Fracción I del artículo 20 constitucional para quedar en los siguientes términos: Artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías: I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad bajo fianza que fijará el juez tomando en cuenta las circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute, siempre que dicho delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, y sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad u otorgar caución hipotecaria o personal bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juez para su aceptación. En ningún caso la fianza o caución será mayor de 250,000.00 a no ser que se trate de un delito que represente para su autor un beneficio económico o cause a la víctima un daño patrimonial, pues en estos casos la garantía será, cuando menos, tres veces mayor al beneficio obtenido o al daño ocasionado". *Diario Oficial de la Federación*, jueves 2 de diciembre de 1948, p. 2.

[11] Decreto que reforma y adiciona el artículo 18 constitucional publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 23 de febrero de 1965.

sus condenas en sus países de origen.[12] En 1982 se modificó el artículo 22 para incluir los supuestos de enriquecimiento ilícito dentro de las excepciones a la confiscación de bienes entre las penas prohibidas.[13] En 1983 se reformó el artículo 21 constitucional para reducir la sanción en caso de no pago de multa por infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía de quince días a treinta y seis horas máximo.[14] En 1985 se modificó el artículo 20 constitucional para establecer nuevos límites al monto de la caución en hasta cuatro años de salario mínimo vigente y diferenciando entre delitos intencionales y preterintencionales o imprudenciales para los casos que se superase este límite.[15]

Todos los cambios anteriores, pueden ubicarse dentro la noción de un Estado social de bienestar, aunque ninguna de las reformas anteriores se dirigió a cambiar el núcleo del sistema penal mexicano; las más trascendentes como la de la modificación al artículo 18 constitucional en 1965 para establecer el principio de readaptación social, modificaron el núcleo del sistema penitenciario mexicano, inspirados en las ideas del momento de considerar al delincuente como un inadaptado social que mediante el trabajo y la educación podría ser readaptado a la sociedad. Los cambios vividos en el sistema penal mexicano durante esos años no alcanzaron la Constitución más que en contadas ocasiones; la norma constitucional se mantuvo relativamente estable entre su promulgación en 1917 y las reformas del periodo que se estudia en 1993.[16]

En 1993 se modificaron los artículos 16, 19, 20, y 119 de la Constitución.[17] El ministro Juan Silva Meza señaló que:

> La reforma constitucional de 1993 fue apresurada pues de un "plumazo" se adaptaron a nuestro orden jurídico instituciones que se antojaban ajenas a

12 Decreto por el que se adiciona un quinto párrafo al artículo 18 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, 4 de febrero de 1977.

13 Decreto de reformas y adiciones al Título Cuarto que comprende los artículos 108 al 114; así como los artículos 22, 73 fracción VI base 4a., 74 fracción V, 76 fracción VII, 94, 97, 127 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación,* 28 de diciembre de 1982, p. 3.

14 Decreto por el que se reforma el Artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 3 de febrero de 1983, p. 3.

15 Decreto por el que se reforma la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 14 de enero de 1985, p. 2.

16 En total los artículos 16 al 24 se modificaron diez ocasiones en el periodo.

17 Zamora Pierce, Jesús, *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/217/14.pdf* .

nuestra tradición jurídica; tal vez en la debida preparación y, sobre todo, sin el debido aquilatamiento de lo que ello implicaría.[18]

La parte más controvertida de la reforma fue la incursión del concepto *elementos del tipo* en lugar del tradicional *cuerpo del delito,*[19] la cual se plasmó en el artículo 19 constitucional, el 3 de septiembre de 1993, al sustituirse el texto que a la letra decía: "…elementos que constituyen aquel, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa sobre el cuerpo del delito…",[20] por la frase: "…se deben de acreditar los elementos del tipo penal…".[21] Al respecto, Enrique Díaz Aranda considera que esta reforma

> …no sólo constituyó un paso más hacia la consecución del Estado social y democrático de derecho, sino también supuso la adopción de la estructura del sistema finalista y posibilitó una interpretación, incluso, conforme a los postulados del sistema funcionalista.[22]

Siguiendo a Jesús Zamora Pierce, la reforma al artículo 16 constitucional brindó una explicación más detallada sobre los temas de orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente; caracterizándose porque se cambiaron las reglas para girar la orden de aprehensión al establecerse como requisito indispensable la existencia de datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.[23]

Otro punto importante fue establecer que la autoridad que ejecute una orden de aprehensión, debe poner al inculpado a disposición del juez sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad, asimismo, para casos de flagrancia estableció que la autoridad inmediata que reciba a algún inculpado, debería a su vez ponerlo a la disposición del Ministerio Público. También estableció reglas para el caso urgente, fijando como requisitos la

[18] Silva M. Juan, "Las Reformas penales de los últimos cinco años", en García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga, (coords.), *Las reformas penales de los últimos años en México (1995-2000), Primeras Jornadas sobre Justicia Penal*, Administración de Justicia en Materia Penal, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 224.

[19] *Ibidem*, p. 225.

[20] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, (en línea), consultada el 24 de septiembre de 2014, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_orig_05feb1917_ima.pdf.*

[21] *Diario Oficial de la Federación*, 3 de septiembre de 1993, p. 51.

[22] Díaz Aranda, Enrique, *Derecho penal parte general (conceptos, principios y fundamentos del derecho penal mexicano conforme a la teoría de delito funcionalista social)*, México, Porrúa, 2003, pp. 18 y 421.

[23] Zamora-Pierce, Jesús, *La reforma de las garantías procesales penales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1994, p. 246.

necesidad de que hubiera un riesgo fundado de que el indiciado pudiera sustraerse a la acción de la justicia; que se tratara de delito grave; que el Ministerio Público no pudiera solicitarla a la autoridad judicial por hora, lugar o circunstancia, y además que solamente pueda hacerlo él y no cualquier autoridad administrativa. Se instituyó el control inmediato de legalidad de la detención por el juez en casos de urgencia y flagrancia. Se determinó que el plazo legal de la detención ante el Ministerio Público no se prolongara más allá de cuarenta y ocho horas, con la excepción de la delincuencia organizada en donde se permitía la duplicidad del plazo. En dicho precepto legal, no se abordaron

> las molestias legítimas ni los cateos, se trató de temas acerca del régimen de privación cautelar de la libertad, así dicho artículo introdujo cuestiones que tenían como objetivo aclarar su contenido, sin embargo, el legislador plasmó cuestiones de fondo.[24]

En el artículo 19 constitucional se prohibió la prolongación de la detención en perjuicio del inculpado más allá del término constitucional, reforma que se reduce:

> …esencialmente, a un mejoramiento técnico en la ubicación de disposiciones antes emplazados en el artículo 107, y a modificaciones innecesarias y en alguna medida perturbadoras acerca de los elementos de fondo del auto de formal prisión.[25]

Después, el 31 de diciembre de 1994, se reformó el artículo 21 de la Constitución suprimiendo "…el monopolio en el ejercicio de la acción penal…"[26] concentrado en el Ministerio Público, al otorgar a los ciudadanos la facultad de impugnar ante la autoridad jurisdiccional, las resoluciones de no ejercicio de la acción y el desistimiento de la acción. Modificación que en opinión del ministro Juan Silva Meza:

> Esta reforma penal, dio por resultado el que en apariencia se dificultara técnicamente la actividad ministerial y con ello se incrementa la carga de trabajo para la representación social, además de que en cierto modo se propiciara impunidad.[27]

---

24 *Cfr*. García Ramírez, Sergio, 2a. ed., México, Porrúa, pp. 7, 8 y 467.
25 *Ibidem,* p. 42.
26 *Ibidem,* p. 453.
27 Silva M., Juan, *op. cit.,* nota 18, p. 225.

A partir del 3 de julio de 1996 el cambio constitucional en la materia penal continúa profundo y acelerado. Olga Islas escribía en 1996, que:

> ...En los últimos años se ha pretendido solucionar todos los problemas que padecemos a través de reformas legales que abarcan hasta la Constitución. Parece que hemos llegado a la convicción de que las normas jurídicas son la panacea que resolverá todos los problemas que padecemos.[28]

Para la autora la reforma constitucional se realizó con el propósito de dar el marco constitucional adecuado para la instauración de una legislación contra la delincuencia organizada. La reforma se hizo a los artículos 16, 20 fracción I y penúltimo párrafo, 21, 22 y 73 fracción XXI de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.[29]

En el artículo 16 constitucional se determinó que las comunicaciones privadas son inviolables y la intervención corresponde a la autoridad judicial federal a petición del Ministerio Público federal, prohibiendo la intervención en materias electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral y administrativa; sufriendo dicha modificación al tener como antecedente:

> ...la intervención de las comunicaciones privadas que surgió a fines de 1995, con motivo de una iniciativa de Ley Federal contra la Delincuencia Organizada que proponía que se permitiera al Ministerio Público la intervención de las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas, el acceso a bancos y sistemas informáticos, computacionales o similares, conectados a los sistemas telefónicos o la colocación secreta de medios de escucha en domicilios videograbaciones en algún lugar privado, es así que el texto agregado al artículo 16

28 Islas de González Mariscal, Olga, "Reformas a la Constitución y al Código Penal de 1996" en *Reforma constitucional y penal de 1996*, México, UNAM-PGJDF, 1997, p. 91.

29 "Esto, con toda nitidez, quiere decir que la reforma constitucional se hizo con todo el propósito preciso de facilitar la operatividad de la futura ley contra la delincuencia organizada, es decir, del naciente sistema penal paralelo, certeramente bautizado por el doctor Sergio García Ramírez como "el bebé de Rosemary" , bebé que, ante los obstáculos constitucionales, no se amedrenta, sino que, cuidadoso de no pisarlos, los hace a un lado. Esto quiere decir que con plena conciencia de que la nueva legislación penal vulneraría derechos fundamentales de los mexicanos, el propósito creador del nuevo sistema penal no se frenó, sino que, para evitar el calificativo de inconstitucionalidad, se procedió a modificar los principios constitucionales para cancelar los obstáculos. En otra época, cuando alguna reforma iba más allá de los postulados constitucionales, el solo señalamiento de la desviación ponía en entredicho la reforma y se optaba por la constitucionalidad. Ahora no hay barreras. Con toda naturalidad se reforman y limitan las garantías". *Idem*.

> constitucional, se refiere al derecho de mantener las comunicaciones privadas fuera de conocimiento de terceros.[30]

Por lo que hace al artículo 20 se eliminó la media de cinco años para la libertad bajo caución para establecer como límite los delitos graves, las únicas excepciones serían cuando el inculpado hubiera sido condenado anteriormente por un delito grave o porque el Ministerio Público contara con elementos que supusieran un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

En el artículo 21 se determinó que la persecución de delitos corresponde al Ministerio Público con apoyo de la policía, no especificándose "…el cuerpo policiaco con el que se deberá auxiliar el Ministerio Público, ya que el artículo indeterminado 'una' remite a cualesquiera de las policías existentes e incluso a las que todavía no existen".[31] Un cambio relevante fue contemplado en el artículo 22 constitucional, al estipularse que no se considerará confiscación al decomiso de bienes propiedad de los sentenciados por el delito de delincuencia organizada, imponiendo incluso la carga de la prueba respecto a la procedencia legitima de sus bienes, para que no entren dichos bienes en la hipótesis señalada.

En el artículo 73, fracción XXI, se otorgó al Congreso de la Unión la facultad de expedir leyes tendientes a "…establecer los delitos y las faltas contra la Federación y fijar los castigos que por ellos deban imponerse…",[32] texto que repercutió en las reformas al Código Penal, tanto en la parte general como en la especial, y se enfatizó en la penalización del robo y el secuestro. Esto lo ejemplifica Olga Islas de la siguiente forma:

> Las punibilidades son excesivas. Si pensamos en un robo de un vehículo con valor de más de 500 veces el salario, cuya pena es de cuatro a diez años de prisión, y el sujeto vende un faro, se le va a aplicar de cinco a quince años por la venta del faro. La pena concreta podría ser de 25 años de prisión, mayor que la de un homicidio o unas lesiones que dejan incapacidad permanente para trabajar, o una violación.[33]

En fecha 8 de marzo de 1999 se reformaron los artículos 16, 19, 22 y 123, interesándonos para el presente análisis los tres primeros. El artículo

---

[30] *Cfr*. García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coords.), *La situación actual del sistema penal en México…, cit.*, pp. 70 y 71.

[31] Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Reforma Constitucional y penal de 1996*, México, 1996, pp. 56 y 192.

[32] *Diario Oficial de la Federación*, 3 de julio de 1996, p. 13.

[33] *Cfr*. García Ramírez, Sergio e Islas de González Mariscal, Olga (coord.), *La situación actual del sistema penal en México…, cit.*, p. 104.

16 constitucional fue reformado en el segundo párrafo, estableciendo de nueva cuenta que para poder librar orden de aprehensión se debía acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en contraposición a la acreditación del tipo penal plasmado en la reforma de 1993. El artículo 19 constitucional determinó requisitos sobre la emisión del auto constitucional en el procedimiento penal, al establecer que se debe acreditar el cuerpo del delito (antes tipo penal) ya que se consideraba que "…dicho estándar se estimaba exageradamente elevado y dificultaba el libramiento de tales órdenes…",[34] asimismo, se estipuló su duplicidad a petición del reo. El artículo 22 constitucional estableció la obligación de la autoridad judicial de resolver la aplicación a favor del Estado de los bienes asegurados, con motivo de una investigación o proceso que se sigan con motivo de delincuencia organizada.

El 21 de septiembre de 2000 se reformó el artículo 20 de la Constitución, estableciendo la protección de los derechos de los menores y víctimas para no ser careados dentro del proceso penal con el acusado y "…se presentan dos apartados: *a)* garantías del inculpado y *b)* garantías de la víctima u ofendido del delito."[35]

El 20 de junio de 2005, tocó el turno del artículo 21 al establecer el reconocimiento formal que México hizo de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional, al instituirse que el "…Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional".[36]

El 9 de diciembre del mismo año, en el artículo 22, se prohibió la pena de muerte en atención a los tratados internacionales en que México es parte. Y el 12 de diciembre el artículo 18 se reformó en lo relativo a los menores de edad que infringen la ley penal, al establecerse la puesta en marcha de un sistema integral de justicia penal para adolescentes por parte de la federación, los estados y el Distrito Federal.

Estas reformas son el antecedente de lo que podemos llamar "la madre de todas las reformas penales" del 18 de junio de 2008. En ésta se modificaron los principios procesales del sistema penal mexicano, introduciéndose como coordenadas centrales la acusatoriedad y la oralidad. Se creó un nuevo apartado A al artículo 20 constitucional, incluyendo los nuevos principios de contradicción, concentración, inmediación y publicidad. Se ordenó

[34] Carbonell, Miguel, *Bases constitucionales de la reforma penal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, p. 32.

[35] Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, 3a. ed., México, McGraw-Hill, 2009, pp. 326 y 831.

[36] *Diario Oficial de la Federación*, 20 de junio de 2005.

la creación de defensorías públicas en cada una de las treinta y dos entidades del país que estuvieran a cargo de la defensa adecuada. Además de estas reformas, excepciones como el arraigo domiciliario, la prisión preventiva o la duplicidad de términos se establecieron en el ámbito constitucional, aunque desde hace tiempo funcionaban en la práctica.

En relación con esta reforma, Héctor Fix-Fierro manifiesta que se plantean grandes desafíos en los que:

> …la seguridad pública, la prevención, la persecución y la procuración de justicia se armonizan a los parámetros constitucionales con horizontes temporales, precisos a culminar en 2016. Así la publicidad, contradicción, continuidad e inmediación, junto a la metodología de audiencias orales y posibles expedientes electrónicos deberán asimilarse en el nuevo sistema penal para la democracia en desarrollo.[37]

III. Explicaciones al contenido epistemológico de la reforma penal en México

El proceso de reforma penal en México ha sido tradicionalmente explicado mediante dos epistemologías. La primera de ellas refiere a la constitucionalización de un derecho penal del enemigo en el ámbito constitucional que tiene su referente más importante en la creación de un sistema procesal penal contra la delincuencia organizada paralelo al régimen ordinario. La segunda pone mayor atención al sistema penal ordinario considerando que, sin obviar la existencia de un sistema procesal penal para la delincuencia organizada, la centralidad de las reformas ha fortalecido la protección de los derechos humanos motivado por la integración de México a la tendencia latinoamericana de creación de un paradigma regional en la materia.

1. *Combate a la delincuencia organizada como derecho penal del enemigo*

Este tipo de explicaciones cuenta como elemento distintivo la construcción de un sistema alternativo para el combate a la delincuencia organizada, que constitucionaliza un derecho penal del enemigo. Desde 1993 hasta

[37] Valadez Díaz, Manuel, *El juez mexicano ante el sistema penal acusatorio y oral*, Serie Juicios Orales, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. IX. Presentación de Héctor Fix-Fierro.

las recientes reformas de 2008, se nota una vocación constante en el Estado por modificar reglas del proceso penal distinguiendo entre un régimen tradicional procesal penal, para el delincuente común, y un régimen especializado para el combate a la delincuencia organizada.

El seguimiento a este tipo de explicaciones se da desde la perspectiva del "derecho penal del enemigo", idea del autor Günther Jakobs que tiene resonancia en todo el mundo. El autor Jakobs explica que el derecho penal del enemigo se diferencia del derecho penal del ciudadano, desde la perspectiva del tratamiento que debe darse con base en el sujeto perseguido por la comisión de un acto delictivo.[38] Señala el autor que mientras que el ciudadano que comete un delito puede mediante el proceso penal ordinario pagar por su falta y reintegrarse a la sociedad, el derecho penal del enemigo se enfoca en perseguir y castigar a aquellos que cometen actividades delictivas y que no se encuentran en capacidad de reinsertarse a la sociedad, sino que por el contrario se constituyen como enemigos de ésta, ya que su intención principal es atentar en su contra y tratar de destruirla.[39] Los ejemplos más conocidos y repetidos son el terrorismo (sobre todo en EE.UU., Reino Unido y España después de los atentados en sus territorios durante la década pasada) y la delincuencia organizada (Italia y el continente americano principalmente); en la visión de Jakobs tanto terroristas como crimen organizado ponen en peligro a la sociedad en su conjunto y no pueden ser tratados como ciudadanos, sino que deben ser vistos como enemigos y por lo tanto ser sujetos a un proceso penal que los trate con esa categoría.[40]

Dentro de los lectores de la obra de Jakobs hay una crítica fuerte a su obra, sobre todo al fortalecimiento de sus opiniones como reacción al discurso antiterrorista norteamericano.[41] Para algunos de su más asiduos discípulos, el derecho penal del enemigo no puede constituirse como una fórmula ordinaria del derecho penal, es decir, no podría pensarse en la permanencia de una serie de reglas como las que contempla el derecho penal del enemigo de ordinario. En todo caso, debería ser tratado como un régimen excepcional y ocupar ese lugar dentro del derecho constitucional, es decir, ser utilizado sólo en ciertos supuestos de cesación de derechos y sus garantías, con un procedimiento expreso de aprobación, limitado en espacio y tiempo. La permanencia de un derecho penal del enemigo, a la par de un derecho penal del ciudadano sería por sí mismo un desatino.

---

38 Günther, Jakobs y Cancio M. Manuel, *op. cit.*, nota. 3, pp. 22-25.

39 *Ibidem*, pp. 47-50.

40 *Ibidem*, pp. 52-55.

41 Luhmann, Niklas, *Sistemas sociales, lineamientos para una teoría general*, trad. de Javier Torres Nafarrete, México, Universidad Iberoamericana, 1991.

El derecho penal del enemigo y su crítica interna como "régimen excepcional" influyen en gran parte de las opiniones de los académicos que revisan la reforma constitucional mexicana.[42] Se argumenta que el problema de la delincuencia organizada en México, en especial de los cárteles de drogas y las bandas de secuestros alcanza dimensiones tan grandes e invade las zonas más profundas de la sociedad, que es deseable tener un régimen ordinario de combate a la delincuencia organizada que incluya la existencia de una serie de disposiciones procedimentales especiales para su combate; este discurso ha sido especialmente relevante desde 2008.[43] La argumentación a favor de este tipo de regulación se respalda en las altas cifras de incidencia delictiva que existen en México.[44] Sin embargo, en muchas ocasiones se emplea como argumento de autoridad más que como respaldo empírico, porque no se encuentran razonamientos que hagan efectivamente válida la idea de que la creación de un derecho penal del enemigo en la Constitución mexicana sea la solución más indicada para el combate a la delincuencia, sino que se toma como un hecho indiscutible.

También es posible encontrar Voces críticas al respecto, que si bien parten desde una metodología del derecho penal del enemigo, se distancian de la validación que hace Jakobs de la existencia de la misma. La crítica mayor que puede realizarse al proceso de reforma penal en México es que una serie de reglas correspondientes a un régimen excepcional alcancen la regularidad de la vida constitucional, instaurando un derecho penal del enemigo de ordinario. Para estos críticos la existencia de un régimen procesal penal ordinario en normas constitucionales se convierte en una legislación abiertamente violatoria de derechos humanos.[45]

2. *Ordenación garantista del sistema penal mexicano con el* ius commune *latinoamericano de derechos humanos*

La otra perspectiva común para observar en las reformas es el acercamiento del derecho penal a un régimen de normas constitucionales fuertes

---

[42] García Ramírez. Sergio, "La reforma procesal penal en la Constitución Mexicana", en Astudillo, César y Carpizo, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

[43] Camara de Diputados, *Diario de debates,* LX Legislatura, *http://cronica.diputados.gob.mx/DDebates/60/3er/1P/Ord/sep/00L60A3P107.html.*

[44] Secretariado Ejecutivo del Sistema de Seguridad Pública, Cifras de incidencia delictiva 1997-2014. *http://www.secretariadoejecutivosnsp.gob.mx/work/models/SecretariadoEjecutivo/Resource/1/1/cifras_publicacion_julio14.pdf.*

[45] En particular el tema del arraigo ha generado preocupación.

que, en el proceso ordinario, protegen los derechos en el marco de un *ius commune* latinoamericano de derechos humanos. Para los autores que privilegian esta visión, la reforma penal en México fortalece los derechos humanos en México, en específico si se observa la reforma de 2008 en relación con las reformas en materia de derechos humanos de 2011, que la insertan en un nuevo paradigma regional de su protección.

Este tipo de explicaciones observa que el combate a la delincuencia organizada solamente ocupa una mínima, ínfima porción de la actividad estatal en materia penal. Así que haciendo un análisis utilitario del proceso de reformas, reconocen que mientras que para un porcentaje muy bajo de los procesos se han constitucionalizado una serie de violaciones a los derechos humanos con la instauración de un régimen ordinario de derecho penal del enemigo, para la gran mayoría de los casos que se atienden, en donde se encuentran la mayor parte de las injusticias, las reformas brindan nuevas oportunidades de un trato más respetuoso de los derechos humanos fundado en una realineación del proceso penal mexicano a los paradigmas de la reforma penal que en años anteriores sucedió en América Latina.[46]

El problema que tiene este tipo de explicaciones es que tiende a exaltar el cambio a un sistema procesal penal acusatorio como un gran cambio garantista, cuando la teoría de Luigi Ferrajoli no lo afirma así y existen otras teorías, como la de Darjan Damaska, que establecen que realmente en el ámbito de descripción procesal normativa no existe tanta diferencia entre un sistema y otro en la protección de derechos humanos.[47]

De cualquier forma lo importante por anotar, ya que el éxito o fracaso de la implantación de la reforma no podría ser tema de este artículo, es que la pretendida calificación del cambio a un sistema procesal penal acusatorio y oral no tiene un sustento teórico fuerte que la ubique como un cambio garantista, sino que se le da por quienes confían en que un nuevo sistema procesal penal permita mejorar las condiciones actuales de la justicia mexicana alineado a los paradigmas de la reforma penal en América Latina. Por supuesto, a tan poco tiempo de instauración y funcionamiento del sistema

[46] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

[47] La experiencia comparada con los países que tienen un sistema penal acusatorio desde hace tiempo, muestra que, sin equilibrio entre las partes, se corre el riesgo de mayores injusticias en contra del acusado debido a que la intervención del juez es menor. La apertura a los medios alternativos de solución de controversias también muestra que, sin una defensa adecuada, el acusado tiene mayores probabilidades de obtener una sentencia que lo perjudica incluso por hechos que no cometió.

en los estados que lo han adoptado, carece un sustento empírico sólido. Como en tantas otras reformas, el éxito que pueda tener el sistema procesal penal acusatorio depende del impulso real a su puesta en marcha tanto por autoridades como por los ciudadanos; no es una cuestión que depende del cambio normativo y no hay sustento teórico de que la adopción de un sistema procesal penal acusatorio sea por sí mismo un cambio garantista, como se ha repetido en varias ocasiones.

Por otra parte, la descripción de un sistema procesal penal acusatorio y oral como garantista *per se*, sigue careciendo de un fundamento teórico sólido. Pareciera ser que en estas descripciones hay más optimismo que análisis profundo. Si bien el deseo general es que la instauración del sistema procesal penal acusatorio y oral sea una respuesta positiva a tantos problemas de justicia social y eficacia institucional que enfrentan los operadores jurídicos, no puede justificarse el cambio de sistema procesal como garantista por sí mismo.

En donde pueden encontrarse más respuestas favorables a la idea de una mejor protección en la reforma penal es en el movimiento regional a favor de los derechos humanos que ha generado lo que se llama un *ius commune* latinoamericano. La idea de *ius commune* puede pensarse como el surgimiento de una protección regional a los derechos humanos en América Latina desde los instrumentos regionales como la Convención Americana sobre los Derechos Humanos y los organismos regionales como la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el diálogo jurisprudencial que se establece a partir de ésta.

En América Latina, a partir de la vuelta a la democracia de los países de la región en los años noventa se redactaron nuevas Constituciones o se reformaron las vigentes con nuevos catálogos de derechos humanos y se constitucionalizaron los documentos regionales protectores de derechos humanos. Además de esto, varias naciones adoptaron cambios a su sistema jurisdiccional penal para transitar hacia un paradigma acusatorio y oral. Como se ha mencionado antes, el solo cambio hacia un sistema procesal acusatorio y oral no significa en sí una mayor protección de derechos humanos, pero el esfuerzo y los recursos dedicados a mejorar el sistema sí que lo pueden hacer.

El trabajo conjunto de la región, en particular el diálogo jurisprudencial entre los organismos regionales de protección de los derechos humanos y los tribunales nacionales y legislaciones, ejemplifican el fortalecimiento de la idea de la protección de los derechos humanos. Una idea que se ha encontrado de frente con la de derecho penal del enemigo y que genera un clima de tensión. Algunos autores incluso destacan las tensiones que se ge-

neran entre el crecimiento de la punitividad en la región y el avance de la democracia.[48]

La reforma penal explicada como un cambio garantista depende mucho de la experiencia regional para poder considerarse seriamente, ante la falta de fundamentos teóricos que afirman que un sistema procesal acusatorio y oral resulta más garantista que un sistema inquisitivo. En cambio la idea del *ius commune* latinoamericano sí contribuye a la noción de que parte de la reforma penal se ha guiado por principios garantistas porque la inserta en un movimiento regional a favor de los derechos humanos que escapa sólo del tema penal y es una reacción más compleja hacia el proceso democratizador en América Latina.[49]

IV. Condiciones teóricas para una explicación sociojurídica desde la “cultura del control”

Queda por ver qué puede aportar la sociología jurídica a este debate, que por mucho ha sido bastante menor en México que lo que se ha dicho en la dogmática penal. En principio, lo más relevante que puede hacerse es acercar las condiciones teóricas, normativas y contextuales que resulten más útiles para iniciar esta discusión.

En la sociología jurídica se ha hablado desde hace algunos años del *giro punitivo* en las sociedades modernas. Este *giro punitivo* lo describe David Garland como un fenómeno que se presenta en las sociedades modernas tardías de los años setenta hasta ahora. Utilizando los ejemplos de Estados Unidos y de Inglaterra, el autor explica cómo las sociedades norteamericana e inglesa contemporánea se caracterizan por un impulso mayor a las funciones punitivas del Estado, hacia la masificación de las prisiones y en general hacia aprobar legislaciones más estrictas de combate a la delincuencia, todo provocado por lo que nombra la *cultura del control*.[50]

Para este autor la cultura del control es un fenómeno por demás interesante de la modernidad tardía. En EE.UU. e Inglaterra, hasta los años sesenta del siglo XX, existió la noción de que el delito era producido por personas trastornadas sicológicamente o por personas expuestas a ambientes nocivos que habían trastornado su conducta; en cualquiera de los dos ca-

---

[48] Wodrow Wilson International Center of Scholars, Latin American Program, *http://www.wilsoncenter.org/sites/default/files/Seguridad%20y%20Populismo%20Punitivo%20en%20America%20Latina.pdf.*

[49] Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 46.

[50] Garland, David, *op. cit.*, nota 8.

sos, la responsabilidad de la sociedad era intentar rehabilitar a estos sujetos para que pudieran superar esos trastornos que los habían orientado hacia actividades delictivas. Este autor relata cómo el paradigma de la rehabilitación, característico de un *estado de bienestar penal*, sufrió una crisis importante en los años sesenta cuando se agotó ante las críticas de sectores liberales que protestaban por el tipo de tratamientos violatorios de derechos humanos al que eran sujetas las personas en rehabilitación y por las críticas de sectores conservadores que observaban que el proceso de rehabilitación no rendía los frutos necesarios y por lo tanto el delincuente volvía a las calles sin rehabilitarse; la crisis del paradigma de *estado de bienestar penal* hizo que se privilegie la histórica noción de castigo, contradiciendo el desarrollo que en la materia se tuvo en el último siglo.[51]

Para David Garland la coincidencia de la crítica desde ambos polos ideológicos dio como resultado el fin del *estado penal de bienestar* y abrió paso a la conformación de la *cultura del control*. La cual se caracteriza por olvidarse de la noción de que la sociedad tenga responsabilidad en la rehabilitación del delincuente y busca más bien su castigo y en último momento su erradicación; sus elementos más importantes son la presencia permanente del miedo a la delincuencia, la necesidad de protegerse en todo momento y el endurecimiento cada vez mayor de leyes contra el crimen y en general mayor presencia del tema. Garland señala que contrario a la noción de que esto sea una agenda conservadora o de los partidos políticos, en realidad es una cuestión extendida en la sociedad actual norteamericana e inglesa, un rasgo de la modernidad tardía.[52]

Esas sociedades modernas tardías tienen una reacción superlativa al crimen alentada por el miedo y la ansiedad que les genera. Además, se convierte en un tema capitalizable por los políticos porque perciben que ella genera una buena respuesta a su labor en la sociedad, muy limitada por la reducción del tamaño del Estado, por las condiciones puestas por la economía de mercado. Las causas que da Garland para que aparezca esta *cultura del control* se encuentran en la forma de producción actual de las sociedades: el capitalismo en su fase más reciente, el intercambio de mercado, la participación de la mujer en el mercado laboral, la urbanización y suburbanización en la nueva ecología social, la creciente separación entre el ámbito laboral y doméstico, la televisión y los medios de comunicación masiva.

El trabajo de Garland es objeto de muchas críticas, pero también es una referencia obligada en el ámbito de la sociología jurídica para explicar mu-

[51] *Ibidem*, pp. 81-89.
[52] *Ibidem*, pp. 313-320.

chos de los acontecimientos que vivimos. El autor hizo su estudio respecto a las sociedades inglesa y norteamericana estableciendo que se limitaría a estas realidades, excusándose de los alcances que su estudio pudiera tener en otras latitudes. Algunos autores lo usan para el contexto latinoamericano y otros han manifestado su imposibilidad para hacerlo.[53] Más allá de estas discusiones es necesario resaltar algunos conceptos que la idea de *cultura de control* contiene que resultan aplicables a la realidad mexicana.

El primero de ellos es plantear la posibilidad de que en México exista un *giro punitivo*, es decir, una tendencia a aumentar el castigo, la presencia del delito en el discurso público y en general mayor interés por temas penales. La impresión al respecto es que debe darse una respuesta afirmativa, por lo menos en principio. Como se observa en la sección 1 de este trabajo las pocas reformas constitucionales previas a 1993 fueron orientadas a mejorar las condiciones de los procesados o sujetos a una sanción, la más importante la que puso la rehabilitación vía la educación y el trabajo en el centro del sistema penitenciario mexicano. A partir de 1993 se observa un endurecimiento en la redacción de normas constitucionales hacia una mayor función punitiva del Estado, en particular contra la delincuencia organizada, pero también una alineación del sistema mexicano con los paradigmas regionales de protección de derechos humanos. Si bien, el estudio se limita sólo a la reforma penal en el ámbito constitucional, la cantidad de reformas a leyes federales y estatales, así como las políticas públicas y los recursos humanos y financieros invertidos muestran que algo como un *giro punitivo* sucede en México desde la década de los noventa.

Lo siguiente para observar en la teoría de Garland es si podría atribuirse el *giro punitivo* a algo tal como la existencia de una *cultura de control* en la modernidad tardía mexicana. Éste es un debate mayor que requiere un trabajo más fino. Posiblemente en este aspecto se darían las más grandes divergencias si el tema prende en la academia. Pero antes de entrar a la cuestión de que la *cultura de control* pueda explicar el giro punitivo observado en el proceso de reforma penal en México, es bueno presentar algunas de las posibles explicaciones alternas.

La respuesta más inmediata al giro punitivo se encuentra en el incremento de las tasas delictivas. Es decir, ¿tendría sentido discutir siquiera la necesidad de dar una explicación al incremento de la función punitiva del Estado frente a las alarmantes cifras delictivas que se manejan? Para la mayoría de los autores, el problema de la criminalidad en México es tan alto

[53] Entre otros, Matthews, Roger, profesor de Criminología de la Universidad de Kent, Reino Unido.

que justificaría por sí mismo la reforma penal. Quienes defienden la existencia de un derecho penal del enemigo ordinario en la Constitución Política, muestran las tasas delictivas como razón suficiente para un incremento en la función punitiva tan amplio que permite la violación de derechos humanos en el ámbito constitucional. Pero ¿esto en realidad es así? ¿Una criminalidad alta justifica por sí misma el incremento en la punitividad? Aunque la respuesta al giro punitivo parece automática, el proceso es más sutil y podría acercarse a lo que señala Garland.

El giro punitivo como respuesta automática al incremento en las tasas delictivas no es tan automático como parece. Si se le pregunta a la gente en México, muchos estarán de acuerdo con sanciones mayores y disminución de garantía de derechos humanos como estrategia de combate a la delincuencia, pero muchos otros dirán que el incremento es una respuesta a cuestiones económicas, socioeconómicas o culturales que podrían combatirse de otra forma, más que con la instauración de un sistema penal violatorio de derechos humanos.[54] Otros incluso pensarán que mayores sanciones sólo servirán para que para que la sociedad siga lastimando a uno de sus sectores más desprotegidos. Y otros más serán incluso escépticos de que los índices de criminalidad que se presentan sean tales (¿cómo saberlo en un país en el que el delito no se denuncia?) o incluso que ése es un problema que no les afecta a ellos (sino a otras clases sociales o regiones del país) o que aún cuando les afecte, los funcionarios solamente protegen a las clases favorecidas y no buscarán protegerlos a ellos del delito.

Si bien todo esto requiere de sustento empírico para tomarlo como base, es posible sugerir que el *giro punitivo* no es una respuesta automática en la sociedad, sino que su presencia se debe a factores culturales desde donde se plantea, así que de la teoría de Garland por lo menos podríamos tomar la noción de que existe algo cultural que genera como respuesta un incremento en la actividad punitiva del Estado, y también que la diversidad de respuestas que pueden darse a la cuestión, muestra también una diversidad cultural e ideológica como respuesta al incremento delictivo.

El giro punitivo que se vive en México es un fenómeno que no es aislado de nuestro país, sino que compartimos con varias realidades en América Latina y, además, que se presenta al mismo tiempo que otro tipo de eventos como la democratización de la política y la liberalización de la economía. El tema de la democratización es relevante y lo han analizado diversos autores. Para éstos el rasgo más relevante que tiene el giro punitivo en América Latina es que coincide con la democratización de la región. Ellos observan

[54] Moreno H. Moisés, *op. cit.*, nota 6, pp. 165-167.

que el incremento en la función punitiva estatal es un medio de alejar de los procesos de toma de decisiones a algunos de los sectores que nunca han participado, pero podrían comenzar a participar, como estrategia de quienes hasta el momento fueron poseedores de la capacidad de tomar decisiones.

Así entonces, esta teoría pondría en juego la idea de que mientras mayores derechos políticos tenga una sociedad en general, mayor sería también la tendencia a tener una hiperpunitividad estatal sustentada en la necesidad de reducir la participación política de cierto tipo de sujetos. Estos autores negarían la posibilidad de que exista una "cultura de control" en América Latina, por ser su contexto diferente al de EE.UU. e Inglaterra, sino que más bien se han importado políticas públicas de combate al crimen desde Estados Unidos como una reacción de las jerarquías latinoamericanas a conservar el control de la toma de decisiones en un contexto democratizador.

Otra que vale la pena analizar está relacionada justamente con la importación de políticas públicas de combate al crimen. Se ha repetido en muchas ocasiones que muchas de las políticas públicas que se establecen en Estados Unidos repercuten en América Latina. Mucho de lo que aquí se hace se relaciona de alguna manera con los intereses y política exterior norteamericana. En el caso de la reforma penal, tanto en el combate al crimen organizado como en la transformación a un sistema procesal penal acusatorio, el diálogo entre los tomadores de decisión mexicana con los norteamericanos ha sido intenso y se han recibido recursos financieros y en especie para su puesta en marcha. Además, el Plan Mérida estableció formas de coordinación regional para el combate a la delincuencia organizada que dan la posibilidad de una participación norteamericana en la toma de decisiones mucho más intensa.

No es difícil encontrar voces que señalan que la reforma penal responde a los intereses del país vecino norteamericano y que en este proceso México tiene una función menor como una simple ficha de un tablero de ajedrez internacional. Además de todo lo anterior, el proceso de integración económica iniciado en los noventa con los Estados Unidos y Canadá hace que se incrementen las conjeturas de que es la mano directa norteamericana la que dirige los procesos de reforma penal en México, por la coincidencia en tiempo y espacio del giro punitivo con la integración de México al bloque norteamericano. Estas opiniones observan el proceso de reforma penal como una más de las reformas estructurales que ha vivido México en su proceso de integración.

Como toda opinión que cuenta con un buen número de suscriptores, éste es un elemento importante que debe tomarse en cuenta para el análisis de la reforma penal, pero que debería tomarse con mucha mayor cautela de

la que normalmente se expresa. Ya analizando otro tipo de procesos de reforma constitucional, destacados juristas han manifestado la importancia que tiene el proceso de integración y globalización de México, pero también la importancia que guarda el contexto interno en todo esto. ¿Sería posible que México adoptará por fuerza las decisiones impuestas desde Washington sin un proceso interno de adopción cultural que estuviera de acuerdo con ellas? Pareciera prácticamente imposible que solamente los argumentos de autoridad funcionaran para el caso, sosteniendo que la complejidad interna que se observa es un elemento relevante para estudiar esto.

Otro tema, relacionado estrechamente con la relación binacional entre Estados Unidos y México, que puede esgrimirse en esta discusión, es el cambio de modelo económico hacia la adopción de un sistema capitalista. A partir de los años ochenta la economía mexicana se ha integrado paulatinamente a un sistema capitalista, lo que ha requerido una serie de reformas estructurales importantes como la reducción del Estado y la reorientación del gasto público. Sobre el asunto sí hay mucho que decir. El cambio de paradigma de un Estado de bienestar a un Estado reducido tiene una gran repercusión en las expectativas del Estado mismo. Un Estado grande y fuerte que puede disponer de presupuestos amplios para incidir en distintas capas de la sociedad se sustituye por un Estado limitado y vigilado que escaso de recursos, tiene que pensar en la forma de distribuirlos mucho más eficientemente.

Además de lo anterior, un Estado pequeño se enfrenta al agigantamiento de otros sujetos como los poderes corporativos y medios electrónicos que lo condicionan en varios sentidos, no sólo nacionales, sino internacionalmente. Mucho se ha investigado en México sobre el poder que tienen estos dos en la toma de decisiones y, por ejemplo, el tema electoral. En distintos ámbitos se observa que el crecimiento de los poderes corporativos frente a la reducción estatal resulta en un límite para los Estados en la orientación de sus políticas públicas. Así entonces, una opción para la reforma penal hacia un derecho penal del enemigo ordinario, puede responder a la poca capacidad estatal de sostener una agenda de Estado de bienestar en cualquier ámbito incluido el penal, así como al crecimiento de la participación política de sectores corporativos que limiten sus opciones de toma de política pública.

Esta última explicación puede ligarse de mejor manera con las explicaciones sobre el derecho penal del enemigo. Un Estado reducido, con pocas opciones de actuar frente a los poderes corporativos, es posible que encuentre en legislaciones penales más estrictas la posibilidad de actuar que se le han quitado por otros medios. Así por ejemplo al lanzar una lucha contra el crimen organizado, el Estado puede hacer uso de recursos y de su poder

con la capacidad de un Estado fuerte, aunque sea para un fin más reducido que anteriormente. Ahora bien, el cambio hacia una economía capitalista genera que el Estado no pueda decidir abiertamente quién es su enemigo, sino que sus elecciones se mantengan bastante más cerradas a cierto tipo de individuos que pudiera pensarse que atentan contra la sociedad en su conjunto como terroristas, delincuencia organizada o grupos subversivos.

En los casos norteamericano, español e inglés, está bien documentado que dicho enemigo ha sido en más de una década el "terrorismo". Para el caso latinoamericano y mexicano específicamente el enemigo ha sido "la delincuencia organizada" o los grupos subversivos armados. Así entonces, los Estados como el mexicano conservarían un poco del poder que gozaron antes de la apertura a una economía de mercado para mantener su relevancia dentro del sistema social. No hay que descartar que el crecimiento de la punitividad en México se ha acompañado de voces que señalan que la seguridad pública es la actividad principal del Estado; el mismo derecho penal del enemigo se sitúa como una cuestión central del contrato social, según Jakobs.

La idea del giro punitivo como una reacción a la integración a la economía de mercado en México coincide en muchos aspectos con la teoría de "cultura del control" de Garland. Así como Garland advierte que en Estados Unidos y en Inglaterra en los años sesenta se agotó un Estado de bienestar e inició un giro punitivo, lo mismo podemos señalar del caso mexicano en los noventa. De la misma forma que se incrementa la penetración cultural de la televisión y los medios masivos de comunicación en esos países por las últimas cuatro décadas, México ha sufrido un fenómeno parecido. E incluso en algunos temas como el trabajo femenino fuera de casa, el proceso en México es mucho más extenso y en ocasiones dramático.[55] Pero entonces, ¿por qué a la par de la existencia de un derecho penal del enemigo, existe un crecimiento del discurso garantista en la Constitución?

Aún cuando la experiencia de la modernidad se vive distinta en los distintos lugares, como señala Boaventura de Sousa Santos, lo cierto es que la globalización hace que algunas características repercutan de forma similar en distintos lugares, aunque su volumen y contexto sean diferentes. Podríamos pensar que la "cultura del control" sirva para generar una explicación adecuada al proceso de reforma penal en México, siempre y cuando guardemos las proporciones de los acontecimientos e incorporemos la complejidad del contexto mexicano.

Si asumimos que la teoría de la "cultura del control" puede servir para elaborar una explicación válida para el caso mexicano, me parece impor-

[55] Véase caso Campo algodonero.

tante plantearnos el proceso mediante el cual dicha "cultura de control" se instaura en la sociedad. Garland plantea que es mediante mecanismos propios de la modernidad tardía que se hace, y que tiene su vía más efectiva a partir de canalizar los sentimientos de ansiedad y miedo que genera la percepción sobre la delincuencia. En México las cifras de delincuencia son altas, tanto por sí mismas, como por el tratamiento mediático que se hace de ellas, como del discurso oficial al respecto. ¿Generaría el mismo impacto en la aprobación de cambios constitucionales las tasas delincuenciales sin venir acompañadas de las imágenes burdas y cruentas de la guerra contra el narcotráfico que se presentan en televisión? ¿Consideraríamos los mexicanos a la seguridad pública como uno de los principales problemas de la Nación sin que viéramos los retenes militares en las calles o camiones de encapuchados armados en las vías principales? La ansiedad y miedo que genera la "cultura de control", como dice Garland, son elementos de la modernidad tardía. Pero esos elementos no son neutros, sino que pueden ser activados por distintos medios, principalmente de comunicación y con las políticas anticriminales.

Ahora bien, ¿qué provoca que, a pesar de la fuerza y condiciones contextuales del discurso y el crecimiento de un derecho penal del enemigo de ordinario, a la par exista un crecimiento de un discurso garantista favorable a la protección de los derechos humanos? O, en otras palabras, ¿por qué en el proceso de reforma penal puede verse tanto una lógica del derecho penal del enemigo como de protección regional a los derechos humanos? En mi opinión factores históricos, así como una experiencia distinta de la modernidad ayudan a responder por qué el derecho penal del enemigo no consigue avanzar más allá de los límites que actualmente le impone el crecimiento de protección a los derechos humanos en México desde el contexto regional. La forma en que se vive la experiencia de la modernidad es un punto importante desde una visión cultural. La modernidad que vive México desde los años noventa es una modernidad de la desigualdad, en donde son muy pocos quienes se han beneficiado de ella y la gran mayoría que no lo ha hecho. Siendo, como se interpreta del discurso de Garland, que la cultura de control es una cuestión de debate entre las clases medias de las naciones, es posible observar que la clase media en México ha vivido un proceso amplio de reducción que le quita mucha fuerza en el debate público y que sin duda, a pesar de que el discurso de la cultura del control tiene eco en este nivel, su fuerza política es reducida frente a otro tipo de prácticas corporativas que dominan el escenario nacional.

Un tema por demás importante es la posición que tienen los doctrinarios en el proceso de construcción de una cultura de control. Mientras que

los políticos, de todos los partidos, parecen impulsarla sin recato, gran parte de la sociedad se muestra escéptica al avance del tema y a su vez prefieren encontrar respuestas a los graves problemas sociales en el movimiento regional hacia un *ius commune* de protección a los derechos humanos que en el incremento del uso de la fuerza estatal. Sin ser ajenos a ella y de cierta forma tolerando la existencia de un régimen ordinario de derecho penal del enemigo, la academia mexicana se decanta en mayor cantidad por la construcción de un discurso de derechos humanos que por el de un derecho penal del enemigo.[56]

De igual forma sucede con las organizaciones de la sociedad civil. Es posible encontrar importantes representaciones sociales de los dos lados. Particularmente las organizaciones contra el secuestro, ligadas a grupos empresariales privilegian un discurso de incrementar el giro punitivo como respuesta a la delincuencia. Pero del otro lado del espectro es posible ver organizaciones que se oponen a mayor intervención del Estado en los temas de combate al delito e incluso se ubican organizaciones que sus discursos se encuentran mezclados entre la búsqueda de, por ejemplo, mayor protección a las víctimas y un ejercicio del poder público que no viole los límites de los derechos humanos ordinarios.

Un tema relevante para la adopción del discurso de la cultura del control en México es que su arribo a la Constitución mexicana se dio hasta los años noventa, lo que permitió que la crítica avasalladora de los años setenta al Estado penal de bienestar en Estados Unidos e Inglaterra, en México tuviera que enfrentarse al nacimiento de una idea regional de respeto a los derechos humanos que pone en serio cuestionamiento la existencia de un derecho penal del enemigo ordinario y cualquier otra forma de legitimar un giro punitivo para controlar el problema de la criminalidad.

Por lo anterior es que utilizando la teoría de David Garland resulta posible explicar el proceso de reforma penal en México vivido entre 1993 y 2008 como la convivencia entre dos epistemologías distintas para el tratamiento de los conflictos delictivos en México, como parte de la modernidad tardía que se vive en este país. Así el crecimiento de "un derecho penal del enemigo" impulsado por el discurso oficial y por un sector importante de organizaciones de la sociedad civil enfrenta en México el proceso de modernidad tardía caracterizado no sólo por las temas tradicionales que señala Garland, sino por condiciones contextuales propias de nuestra nación, de

[56] Cabe aclarar que el discurso de los derechos humanos no es neutro y que el discurso de la cultura de control en gran parte se apoya también del de derechos humanos principalmente desde los derechos de la víctima y el derecho a la seguridad pública.

nuestra propia experiencia de la modernidad, como la integración a una protección regional o *ius commune* de derechos humanos.

El debate entre estas diversas epistemologías, reflejado en el proceso de reforma penal de la Constitución mexicana, es un asunto que se prevé continúe en los próximos años. Mientras un derecho penal del enemigo va permeando entre las esferas de poder de un Estado pequeño limitado en sus posibilidades y en algunos sectores de la sociedad mexicana que viven una modernidad tardía más parecida a la experiencia norteamericana, también es previsible que el discurso de un *ius commune* latinoamericano de derechos humanos se fortalezca y oponga mayor resistencia a algunos de los paradigmas del giro punitivo. Mientras tanto el resultado previsible es que la Constitución mantenga por algún tiempo más la existencia de estas dos epistemologías jurídicas en su interior.

LA LIBERTAD RELIGIOSA EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Alonso Lara Bravo

Sumario: I. *Introducción*. II. *¿Qué se entiende por libertad religiosa?* III. *La libertad en la Constitución mexicana*. IV. *Bibliografía*.

I. Introducción

Todas las personas se plantean y responden, con profundas diferencias, las preguntas básicas sobre el sentido y el fundamento de la persona misma y del mundo. Como resultado de ello, forman convicciones que pueden estar basadas en creencias religiosas, ideas metafísicas o concepciones puramente racionales. Luego, la vida misma (decisiones, afectividad y conducta), se ve influida por dicho entendimiento del mundo y, por lo tanto, se convierte en una parte inseparable y necesaria de la persona.

El Estado debe reconocer en la persona esta inclinación y facilitar el ambiente para que sea cumplida según la percepción de cada uno. De ahí que, como lo señalan algunos autores, tal vez el más primario o radical de los derechos humanos sea aquel que corresponde a toda persona para poder escoger o elaborar por sí misma las respuestas que estime más convenientes a los interrogantes que le plantea su vida personal y social, de comportarse de acuerdo con tales respuestas y de comunicar a los demás lo que considere verdadero.[1]

II. ¿Qué se entiende por libertad religiosa?

Comúnmente, la libertad religiosa se ha entendido como un derecho atribuido a las personas, esto es, como una categoría perteneciente al derecho público de los derechos humanos. No obstante, para un entendimiento más

1 Ibán, Iván C. *et al.*, *Manual de derecho eclesiástico*, Trotta, 2004, p. 57.

completo sobre esta libertad, conviene también hacer referencia a su carácter como principio que informa la actividad del Estado, el cual es propio del derecho eclesiástico estatal.[2]

1. *Libertad religiosa como principio del Estado*

En su faceta de principio informador de la actividad del Estado, la libertad religiosa se traduce en la forma en que el Estado se relaciona con el fenómeno religioso y regula el derecho de las personas (a la libertad religiosa) ejercido de manera colectiva.[3]

Antes de proseguir con esta idea, debo señalar que la libertad religiosa como principio del Estado presupone la idea de laicidad estatal, puesto que en un Estado en el que exista confusión entre la jerarquía estatal y la jerarquía eclesiástica, o bien, que se caracterice por su intolerancia hacia las confesiones religiosas y sus adeptos, la libertad religiosa no existe ni como derecho ni como principio del Estado.[4]

Asimismo, se debe señalar que hay distintas maneras de entender y llevar a la práctica el concepto de laicidad.[5] De ello dependerá la forma que adopte la libertad religiosa como principio estatal.[6] Por ejemplo, en un Es-

[2] El derecho eclesiástico se puede entender como la disciplina que estudia el conjunto de normas del ordenamiento jurídico del Estado que regulan materias que éste considera eventos con una finalidad religiosa. Así pues, se constituye por la relevancia, en el orden civil, del hecho religioso, identificado en sociedad como un hecho evidente y real que necesita ser adecuadamente considerado por la comunidad política y sus organizaciones. Véase, Saldaña, Javier y Orrego Sánchez, Cristóbal, *Poder estatal y libertad religiosa. Fundamentos de su relación*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 29.

[3] Entendemos por principio una "directriz básica de ordenación de la vida política y social" o, dicho de otro modo, una regla de conducción jurídico-estatal. Véase Hervada, J., *Pensamiento sobre sociedad plural y dimensión religiosa*, Ius Canonicum, 1979, vol. XIX, núm.38, pp. 72-74.

[4] Chiassoni, Pierluigi, *Laicidad y libertad religiosa*, Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad, núm. 10, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 13.

[5] En esta línea, Michelangelo Bovero señala que no existe un único pensamiento laico, así como no existe una religión única. Véase Bovero, Michelangelo, *El concepto de laicidad*, Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad, núm. 8, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

[6] Al respecto, existen en la doctrina un buen número de clasificaciones sobre la definición y tipos de laicidad. Sin embargo, por su claridad, me baso en la desarrollada por Alfonso Ruiz Michel. Véase Ruiz Michel, Alfonso, *Laicidad y Constitución*, Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad, núm. 8, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 3 y 4.

tado en el que la laicidad sea *positiva o abierta*, existe una neutralidad en materia religiosa de carácter limitado o parcial,[7] que garantiza únicamente una mínima libertad religiosa, la cual evita la interferencia coactiva entre las distintas creencias religiosas, pero sin que el Estado se abstenga de favorecer a unas posiciones religiosas sobre otras, o en todo caso, sobre las posiciones no religiosas.

Si la laicidad es *militante o radical*, habrá cierto grado de beligerancia religiosa pues se entiende la neutralidad como prohibición de toda manifestación externa de los cultos religiosos, no sólo en el ámbito estrictamente político. En su modelo más extremo, se pretende una secularización forzada desde el poder político respecto de conductas y expresiones religiosas y su sustitución por valores estrictamente civiles.

Asimismo, puede existir una *laicidad neutral*, en la que el Estado se compromete a una rigurosa imparcialidad en materia religiosa con el fin de garantizar una amplia libertad en condiciones de igualdad para todas las creencias religiosas. Desde esta perspectiva, el Estado debe reconocer una plena inmunidad de coacción en materia religiosa en favor de los ciudadanos.[8] Por lo tanto, le queda prohibido reprimir o coartar el libre ejercicio de la fe religiosa de los ciudadanos usando los poderes que como Estado detenta.

En este escenario, se debe trascender el límite impuesto por la tolerancia y aspirar hacia el estado de respeto que se sustenta en el reconocimiento de las diferencias y en los principios de autonomía y dignidad humanas "como valores en ningún sentido negociables".[9] Así, la tolerancia sería un primer paso, una virtud transitoria, que debe dar lugar, finalmente, a la igual consideración y respeto en el contexto de una pluralidad diferenciada.

Visto de esta manera, la libertad religiosa genera un deber de abstención o no interferencia tanto para los poderes públicos como para todos los demás sujetos privados; implica una proclamación de incompetencia estatal ante el acto de fe, el reconocimiento del carácter individual de la opción religiosa, lo cual elimina la posibilidad de un "Estado creyente".[10] En efecto,

[7] En este sentido, Rodolfo Vázquez señala que el adjetivo laico podría entenderse desde un punto de vista negativo mínimo, de modo que para que un Estado sea laico, bastaría con que sea neutral con relación a los diferentes credos religiosos. No obstante, señala que reducir la laicidad de esa manera "abre las puertas al nihilismo, al relativismo, al indiferentismo o al cinismo". Vázquez, Rodolfo, *Democracia y laicidad activa*, Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad, núm. 14, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, p. 10.

[8] Saldaña, Javier y Orrego Sánchez, Cristóbal, *op. cit.*, p. 29.

[9] Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, p. 19.

[10] Ibán, Iván C. *et al.*, *op. cit.*, p. 26.

el principio de libertad religiosa impide al Estado erigirse en sujeto del acto de fe, sustituyendo al individuo o concurriendo con él, y asimismo, lo obliga a definir su política religiosa atendiendo a la decisión religiosa individual, cualquiera que sea, como un acto valioso y digno de recibir protección jurídica.[11]

2. *Libertad religiosa como derecho humano*

Como derecho o libertad de las personas, la libertad religiosa tiene una estrecha relación con la libertad de conciencia.[12] En general, la doctrina especializada ha sido coincidente en que la libertad religiosa se circunscribe dentro de la libertad de conciencia. La segunda presupone a la primera. No obstante, lo anterior no explica qué es una ni otra. Por ello, es necesario decir que la libertad de conciencia se entiende como la libertad para cada individuo de elegir, adoptar, crear y modificar las pautas que rigen su vida en todas las dimensiones prácticas, observándolas en sus acciones cotidianas.

Entonces, la libertad religiosa, a su vez, es la libertad para cada individuo de tener, no tener, modificar o rechazar creencias de naturaleza religiosa (faceta interna), así como la libertad de manifestar tales creencias (faceta externa). La faceta interna sucede en el interior de cada individuo y no debe ser manifestada necesariamente por algún medio. En cambio, la dimensión externa comprende la libre manifestación de las creencias, lo cual puede hacerse de muy distintas formas.

No obstante, su aparente simplicidad, la conceptualización de la libertad religiosa como un derecho que tiene una faceta interna y otra externa genera problemas jurídicos importantes. Ello, en virtud de que, si este derecho implica la posibilidad de actuar conforme a las creencias adoptadas, surge la siguiente pregunta: ¿cuáles son los límites de dicha facultad? O, dicho de otro modo: ¿cualquier conducta motivada por creencias de tipo religioso está jurídicamente protegida?

En efecto, existe una amplísima variedad de conductas que las personas han considerado como exigencias morales o de justicia asumidas en conciencia, por lo que las modalidades de ejercicio del derecho serían casi ilimitadas. Tal es el caso de quien se opone a la observancia de una ley por considerarla contraria a sus creencias religiosas. Así pues, lo verdaderamen-

[11] *Ibidem*, p. 55.

[12] Para la caracterización de estas libertades, atiendo a la clasificación y definiciones presentadas por Pierluigi Chiassoni, quien aborda el tema desde la perspectiva de la doctrina liberal. Véase Chiassoni, Pierluigi, *op. cit.*

te problemático no es qué podemos hacer al amparo de la libertad religiosa, sino que resulta más fecundo preguntarse, qué es lo que no se puede, toda vez que la fuerza del derecho se aprecia mejor en situaciones de conflicto.[13]

III. La libertad religiosa en la Constitución mexicana

1. *El principio de libertad religiosa*

En el ámbito constitucional, las relaciones entre el Estado y la materia religiosa están previstas en diferentes disposiciones, entre ellas, los artículos 3o., 40 y 130.

En cuanto al ámbito educativo, el artículo 3o. constitucional señala que la educación impartida por el Estado será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa. Asimismo, dispone que el criterio que orientará a esa educación "se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios".

El mandato de educación laica se incorporó a la Constitución desde su promulgación en 1917. No obstante, en 1934, a partir del ascenso al poder de Lázaro Cárdenas, se modificó el artículo en el sentido de cambiar "educación laica generalizada", por "educación socialista". Dicho artículo quedó en los siguientes términos:

> La educación que imparta el Estado será socialista y además de excluir toda doctrina religiosa, combatirá el fanatismo y los prejuicios, para lo cual la escuela organizará sus enseñanzas y actividades en forma que permita crear en la juventud un concepto racional y exacto de universo y de la vida social.

Esa redacción se mantuvo por 12 años, hasta que bajo el mandato de Miguel Alemán Valdés, se promulgó una nueva reforma en la que se eliminó el término de "educación socialista". En su lugar, se estableció que la libertad impartida por el Estado "tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia". Así pues, se pasó de una postura ciertamente anticlerical (que se podría identificar con el modelo de laicidad militante) a una fundada en valores cívicos y sociales.

[13] Ibán, Iván C. *et al.*, *op. cit.*, p. 71.

Posteriormente, la redacción del artículo 3o. constitucional se vio modificada por la reforma constitucional de 1992 en dos aspectos: *1*. Se eliminó la obligación de las escuelas particulares de impartir enseñanza laica. *2*. Se suprimió la prohibición de que las corporaciones religiosas y los ministros de culto participaran de cualquier manera en las instituciones educativas. Para motivar tales cambios, en la iniciativa de reformas, el órgano reformador de la Constitución señaló lo siguiente:

> El laicismo no es sinónimo de intolerancia o de anticlericalismo, ni censura las creencias de una sociedad comprometida con la libertad, [l]o que se busca es evitar que la educación oficial privilegie a alguna religión o que siquiera promueva el profesar una religión, pues ello entrañaría lesionar la libertad de creencias de quienes optan por mantenerse al margen de los credos.[14]

De esta manera, si bien el actual artículo 3o. constitucional contiene el mandato de laicidad en la educación pública, ello no implica una censura religiosa ni elimina la posibilidad de impartir educación de contenido religioso en los planteles particulares. Lo que pretende tal precepto es que la enseñanza pública se encuentre exenta de cualquier inclinación religiosa, lo cual, por un lado, contribuye a la difusión del conocimiento basado en criterios objetivos y, por otro, reconoce la diversidad de las ideas y creencias de las personas, al no imponer una visión de la realidad fundada en dogmas religiosos que se distinguen por ser totalizantes en cuanto a la verdad que predican y excluyentes respecto a cualquier punto de vista que no sea compatible.

En el mismo sentido, el Comité de los Derechos Humanos, al interpretar el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, el Pacto), ha señalado que la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con la libertad de los padres para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, la cual es una de las libertades que según el Pacto, se derivan de la libertad *genérica* de pensamiento, conciencia y religión.[15]

---

[14] Crónica Parlamentaria, Cámara de Diputados. De reformas a los artículos 3o., 5o., 24, 27 y 130 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de libertad de culto, bienes eclesiásticos y educación laica, presentada por el diputado Luis Danton Rodríguez, del grupo parlamentario del PRI, en la sesión del 10 de diciembre de 1991. Disponible en: *http://gaceta.diputados.gob.mx/Cronica/Iniciativas/55/018.html.*

[15] Véase ONU, observación general núm. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 18. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48 período de sesiones, Doc. HRI/GEN/1/Rev.7-179 (1993).

Asimismo, el Comité ha establecido que la enseñanza de materias tales como la Historia General de las Religiones y Ética no es contraria a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión "siempre que ello se haga de manera neutral y objetiva". Llama la atención tal requisito si se piensa en el contexto mexicano, pues históricamente la religión mayoritaria —y en algún momento oficial— ha sido la católica, lo cual ha generado una actitud de intolerancia y discriminación hacia los miembros de otras religiones.

Por su parte, el artículo 40 constitucional señala que el Estado mexicano es una República representativa, democrática, laica y federal. El carácter "laico" del Estado fue incorporado a la Constitución mediante la reforma de 30 noviembre de 2012, en cuya exposición de motivos se consideró que "la asunción expresa del principio de laicidad implicaría el reconocimiento de que todas las personas tienen derecho a la libertad de conciencia, el de adherirse a cualquier religión o a cualquier corriente filosófica y su práctica individual o colectiva".[16]

En efecto, el Poder Reformador consideró que con lo anterior se evitaría que los valores e intereses religiosos se erijan como parámetros para determinar la legitimidad o la justicia de las normas y los actos de los poderes públicos, lo cual impide cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales. Así, se estimó que debía ser el artículo 40 constitucional en donde constara el carácter laico del Estado, pues es en éste donde se señala la voluntad del pueblo mexicano de otorgarle las características que deben prevalecer en la forma de su gobierno.

La laicidad estatal se ve reafirmada en el artículo 130 constitucional, el cual contiene el principio de separación entre el Estado y las iglesias, en los siguientes términos:

"Artículo 130. El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley".

Al llevar a cabo la reforma constitucional en materia religiosa de 1992, que incluyó la modificación de este artículo, el constituyente permanente señaló que "la separación del Estado y las iglesias requiere que en la esfera de las creencias religiosas no intervenga el Estado, y que las iglesias y los ministros no intervengan en los asuntos públicos de Estado y gobierno". Por lo tanto, consideró que "la regulación política de la vida pública corre por cuenta

---

[16] Véase Proceso legislativo del decreto por el que se reforma el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 30 de noviembre de 2012, disponible en *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/lxii/006_DOF_30nov12.pdf.*

exclusiva del Estado, el cual no señalará nunca preferencia o interés por religión, creencia o iglesia alguna, ni promoverá su negación".

En relación a este precepto constitucional, también resulta interesante mencionar lo expresado por el ministro Cossío Díaz en su voto particular al resolver el amparo directo en revisión 502/2007. Con motivo de dicho asunto, el ministro de la Suprema Corte señaló que:

> Mantener que la neutralidad estatal frente a las variadas creencias de los ciudadanos exige al Estado no actuar o no pronunciarse es olvidar que, en una gran cantidad de ocasiones, esa abstención no hace sino convalidar un estado de cosas profundamente asimétrico desde el punto de vista de los derechos y libertades de las partes.

En ese sentido, señaló que, para ser neutral en materia religiosa, un Estado liberal y democrático debe abstenerse de respaldar o promover desde sus instituciones, directa o indirectamente, credos religiosos particulares. Por lo tanto, si en nuestra Constitución convive el principio de laicidad del Estado federal con el derecho a la libertad religiosa de los ciudadanos, las autoridades deben respetar el ejercicio de tal libertad en un contexto legal donde las condiciones para su ejercicio no sean radicalmente desiguales.

Así pues, dijo, lo que la Constitución exige fundamentalmente es imparcialidad, no inacción, de modo que el principio de separación entre las iglesias y el Estado consagrado en el artículo 130 de la Constitución federal no exime en muchos casos a los órganos estatales del deber de regular en distintos ámbitos (legislación, reglamentación, aplicación judicial) cuestiones que se relacionan con la vida religiosa de las personas.

Como se puede ver, el ministro Cossío hizo notar que la requerida "imparcialidad" del Estado en materia religiosa no da lugar a que éste se abstenga de cualquier decisión o acción relacionada con la religión. De acuerdo con su postura, el derecho a la libertad religiosa y el principio de laicidad estatal no encuentran oposición alguna, sino que se complementan con la finalidad de propiciar las condiciones para que cualquier persona tenga plena libertad para adoptar cualquier creencia y llevarla a la práctica.

2. *El derecho de libertad religiosa*

La libertad religiosa se encuentra reconocida en la Constitución desde 1917. No obstante, el artículo que la consagra ha tenido varias modificaciones, las cuales se tienen que tomar en cuenta para determinar el alcance que

se ha reconocido a tal derecho en el texto constitucional. Por ejemplo, en su redacción original, el artículo 24 de la Constitución de 1917 establecía:

> Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, en los templos o en su domicilio particular, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.
>
> Todo acto religioso de culto público, deberá celebrarse precisamente dentro de los templos, los cuales estarán siempre bajo vigilancia de la autoridad.

Según el significado gramatical del término "profesar",[17] la libertad reconocida en la primera parte del artículo tenía que ver con la simple adhesión o preferencia por determinada religión, es decir, la posibilidad de que en su fuero interno la persona aceptara y tuviera creencias religiosas. Ahora bien, en cuanto a la manera en que se podían manifestar las creencias adoptadas, el artículo disponía que se podía hacer mediante la práctica de ceremonias,[18] devociones[19] o actos de culto,[20] de modo que, según una interpretación literal, el artículo 24 permitía la realización de actos por los cuales se expresara reverencia y homenaje a los entes divinos en que creyera la persona, lo cual sólo se podía hacer en los templos o en el domicilio particular. Por lo tanto, la disposición era clara en el sentido de que los actos de contenido religioso no podían trascender al ámbito público, sino que debían mantenerse en el espacio privado.

Durante la vigencia de esta redacción del artículo 24 constitucional, la Suprema Corte no se pronunció sobre su interpretación. No obstante, llama la atención el criterio emitido por un Tribunal Colegiado de Circuito al conocer de un asunto que involucraba la separación de los alumnos de las escuelas por no rendir honores a los símbolos patrios.

Al respecto, el tribunal colegiado estableció que lo anterior no violaba garantías individuales de los niños:

[17] De acuerdo a *Diccionario de la Lengua Española*, profesar significa: "3. tr. Ejercer algo con inclinación voluntaria y continuación en ello. *Profesar amistad, el mahometismo"*, o bien "4. tr. Creer, confesar. *Profesar un principio, una doctrina, una religión*".

[18] "1. f. Acción o acto exterior arreglado, por ley, estatuto o costumbre, para dar culto a las cosas divinas, o reverencia y honor a las profanas".

[19] "5. f. Rel. Prontitud con que se está dispuesto a dar culto a Dios y hacer su santa voluntad".

[20] "4. m. Homenaje externo de respeto y amor que el cristiano tributa a Dios, a la Virgen, a los ángeles, a los santos y a los beatos".

> Porque si por imperativos concernientes a su convicción de conciencia de una fe religiosa se permitiera a los que la profesan apartarse de las normas jurídicas que regulan el comportamiento de toda la sociedad, equivaldría someter la vigencia de esas normas, a la aprobación del individuo, lo que a su vez pugnaría con el acto de creación del derecho por parte de la comunidad.

En ese sentido, dicho órgano determinó que no se violaba el artículo 24 constitucional, porque "de conformidad con este artículo las ceremonias o devociones del culto religioso, se circunscriben a los templos o domicilios particulares, de modo que no es admisible que se traduzcan en prácticas externas que trasciendan en el ámbito social del individuo".[21]

En 1992, tuvo lugar una reforma constitucional que modificó varios artículos relacionados con las relaciones entre el Estado y la materia religiosa. Como consecuencia de ésta, se reformó el artículo 24 constitucional, para quedar de la siguiente manera:

> Artículo 24. Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.

El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.

Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria.

De esta manera, se modificó solamente el segundo párrafo del artículo, al que se adicionó lo siguiente: *1.* Los actos religiosos de culto público se podrán celebrar de manera extraordinaria fuera de los templos, caso en que se sujetarán a la ley reglamentaria. *2.* el Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna. Durante la vigencia de esta redacción, la Suprema Corte se pronunció sobre el contenido del derecho a la libertad religiosa. Al resolver el amparo en revisión 1595/2006,[22] la Corte estableció que el artículo 24 consagra "la libertad de sostener y cultivar las creencias religiosas que cada uno considere", la que también incluye la de cambiar de creencias religiosas.

---

[21] Véase Escudo, la bandera y el himno nacionales, ley sobre el. No se violan garantías constitucionales al separar a un alumno de su escuela por incumplirla, *Semanario Judicial de la Federación*, t. V, 2a. parte-1, enero-junio de 1990, p. 209.

[22] Resuelto el 29 de noviembre de 2006, por unanimidad de 5 votos.

En dicha ejecutoria, se sostuvo que el primer párrafo del entonces vigente artículo 24 constitucional hacía referencia a una dimensión interna de la libertad religiosa ("todo hombre es libre de profesar la creencia religiosa que más le agrade") y otra externa ("y para practicar las ceremonias, devociones o actos de culto respectivo, siempre que no constituyen un delito o falta penados por la ley").

En esa línea, la sentencia indica que la dimensión interna se relaciona íntimamente con la libertad ideológica y consiste en "la capacidad de los individuos para desarrollar y actuar de conformidad con una particular visión del mundo en la que quede definida la relación del hombre con lo divino". No obstante, precisó que el texto constitucional no sólo protege el desarrollo de ideas, actitudes y planes de vida religiosos, en contraposición a ideas y actitudes ateas o agnósticas, sino que:

> Así como los derechos de reunión, asociación o expresión protegen tanto la posibilidad de reunirse, fundar y pertenecer a asociaciones y expresarse como la opción de los que prefieren no hacerlo, la Constitución protege la opción de no desarrollar los contenidos del derecho a la libertad religiosa, lo cual por otro lado viene asegurado por la prohibición de discriminación contenida en el artículo 1o.

De acuerdo a tales consideraciones del fallo, la Suprema Corte parece sostener que la adopción de creencias religiosas se ve protegida por el artículo 24 constitucional, mientras que las ideas que no sean de ese tipo (ateas o agnósticas), si bien encuentran protección constitucional, no son propias de la libertad religiosa, sino de la libertad ideológica o de pensamiento y, por tanto, se ven amparadas por otra disposición de la carta magna, que aunque no se mencionó de manera expresa, puede tratarse del artículo 6o., referido a la libertad de expresión.[23]

Más adelante, la ejecutoria de tal asunto indica que la vertiente interna de la libertad religiosa es de algún modo *ilimitada*, puesto que el Estado no tiene medios directos para cambiar, imponer o eliminar lo que el individuo desarrolla en su más irreductible ámbito de intimidad, es decir, su pensamiento. Sin embargo, señaló:

[23] "Artículo 6o. La manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado…".

> Es sabido que existen poderosos medios por los cuales el Estado y los particulares influyen y moldean de hecho las creencias de las personas, y aunque ello es, en cierta medida, un rasgo normal e implícito de la vida en sociedad, en los casos en los que, por el tipo de fines perseguidos o por los medios usados, el impacto sobre esta dimensión sea empíricamente ostensible, no pueda descartarse que la citada dimensión interna de la libertad religiosa pueda ser sacada a colación en una determinada instancia de control de la constitucionalidad de normas y actos.

Lo anterior, a primera vista, parece un poco enigmático, puesto que la resolución hace referencia a "poderosos medios" por los cuales se moldean las creencias de las personas, lo cual, además "es un rasgo normal e implícito de la vida en sociedad". En realidad, no queda claro de qué tipo de medios se está hablando y, en todo caso, por qué tal interferencia extrema en el pensamiento de las personas resulta un rasgo normal de la vida en sociedad. Así es como la Suprema Corte explicó que, en efecto, podría haber una violación o intrusión a la dimensión interna de la libertad religiosa la que, de ser *empíricamente ostensible*, podría ser revisada por medio del juicio de amparo.

Ahora bien, en relación a lo verdaderamente problemático, esto es, la llamada "dimensión externa" de la libertad religiosa, en dicho amparo en revisión se sostuvo que "esta proyección es múltiple, y se entrelaza de modo estrecho, en muchas ocasiones, con el ejercicio de otros derechos individuales, como la libertad de expresión, la libertad de reunión, o la libertad de enseñanza". En adición a esta referencia genérica, la Corte estableció que "una proyección típica y específica a la que la Constitución se refiere expresamente es la libertad de culto", la cual consiste en "la libertad para practicar las ceremonias, ritos y reuniones que se asocian con el cultivo de determinadas creencias religiosas".

De esta manera, al establecer lo que se entiende por actos de culto, la Suprema Corte delimitó el alcance de las conductas tuteladas por el artículo 24 constitucional. Según la interpretación de la Corte en ese asunto, el derecho a la libertad religiosa sólo protege la realización de ceremonias, ritos y reuniones que se asocian con el cultivo de determinadas creencias religiosas; actos que, además, deben realizarse en los templos o en el domicilio particular.

Lo anterior se podría considerar como una concepción restringida del derecho, pues, por un lado, se basa en la premisa de que la materia religiosa es un asunto perteneciente al ámbito estrictamente personal y privado, de modo que su manifestación se debe limitar a los lugares destinados para tal

efecto (templos) o al domicilio particular. Por otro lado, al considerar que, en muchas ocasiones, la práctica de una religión implica la realización o abstención de actos que si bien en principio no se asocian "con el cultivo de determinadas creencias religiosas", sí pueden entrar en conflicto con ese tipo de convicciones. Tal es el caso de las llamadas "objeciones de conciencia",[24] las cuales encierran un conflicto entre las convicciones religiosas, ideológicas o morales, y deberes jurídicos, o bien, derechos de terceros.[25]

Como ejemplo de tales conflictos, se pueden mencionar las quejas conocidas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) con motivo de las sanciones impuestas a niños de la religión Testigos de Jehová por su negativa a participar en las ceremonias cívicas para rendir honores a los símbolos patrios. Después de que las pruebas y alegatos fueron rendidos, la CNDH emitió la recomendación 5/2003, en la que estableció que las actuaciones de las autoridades escolares al aplicar sanciones eran contrarias a su libertad de creencias y constituía un trato discriminatorio. Para llegar a tal conclusión, la CNDH expresó lo siguiente:

> El derecho a la libertad de creencias religiosas consagrado en el artículo 24 constitucional, implica necesariamente que los individuos que profesan una religión puedan actuar de acuerdo con lo que ordena el credo que profesan. De esta manera surge para el Estado la obligación de respetar, reconocer y garantizar el derecho de las personas creyentes para cumplir con lo prescrito por su religión, es decir, la libertad religiosa significa también que las personas puedan actuar en sociedad conforme a sus creencias religiosas.
>
> Este Organismo Nacional observa con preocupación que las autoridades escolares están dando un trato diferenciado a los alumnos que profesan esta religión, ya que son objeto de sanciones por actuar de acuerdo con sus creencias religiosas, conducta que vulnera el derecho a la igualdad y que implica un trato discriminatorio en términos del párrafo tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
>
> Las autoridades educativas han argumentado que el permitir que los alumnos Testigos de Jehová se abstengan de participar en la ceremonia cívica de honor a los símbolos patrios constituye un trato privilegiado hacia esa congregación religiosa. Este argumento carece de sustento legal ya que el ejerci-

[24] Para un estudio a fondo sobre la objeción de conciencia, se puede consultar, Gascón Abellán, Marina, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, 2010.

[25] Aunque las posibilidades fácticas de oposición entre creencias religiosas y deberes jurídicos pueden ser ilimitadas, resulta ilustrativo mencionar algunas de las más recurrentes o conocidas: objeción al servicio militar, a la práctica del aborto, a tratamientos médicos como la transfusión de sangre, al juramento, a trabajar en días festivos, a impartir enseñanzas contrarias a las propias convicciones, y a rendir honores a los símbolos patrios.

> cio de un derecho constitucional como lo es la libertad religiosa implica que los individuos se conduzcan en la vida de acuerdo a las máximas que les dicta su credo, siempre que dicha conducta no constituya un delito o falta penados por la ley, alteren la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas o la protección de los derechos o libertades de los demás.
>
> (…)
>
> La libertad de creencias religiosas y el poder actuar conforme a ellas no constituye un privilegio, se trata del ejercicio de un derecho humano que da sentido a la vida de las personas y que reconoce la posibilidad que tienen de elegir respecto a lo más valioso de su interior. Atentar contra este derecho humano implica dar un trato discriminatorio a un grupo de individuos fundado en las creencias religiosas que profesan. Las sanciones que imponen las autoridades educativas a los alumnos Testigos de Jehová, atentan contra su dignidad y en ocasiones menoscaban o anulan sus derechos y libertades, conducta de la autoridad que implica una violación al derecho a la igualdad y trato discriminatorio prohibido por el párrafo tercero del artículo 1o. constitucional, así como por los tratados internacionales.

De acuerdo a sus consideraciones, se advierte que la CNDH entendió la libertad religiosa como un derecho de amplio alcance, el cual faculta a las personas a no acatar deberes impuestos por normas jurídicas que sean contrarias a las máximas de su religión. Así pues, en su recomendación, la CNDH ofrece una interpretación en el sentido de que existe un derecho constitucional a la objeción de conciencia, lo cual no ha sido analizado por la Suprema Corte.

Ahora bien, como se precisó anteriormente, los criterios establecidos por la Suprema Corte en relación al artículo 24 constitucional (así como la recomendación de la CNDH) tuvieron como referencia el texto normativo anterior a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, así como a la reforma del artículo 24 constitucional promulgada el 24 de julio de 2013. Por lo tanto, resulta necesario analizar si dichos cambios en el texto constitucional podrían modificar el entendimiento que se ha dado al derecho en comento.

A. *Reforma del artículo 24 constitucional del 19 de julio de 2013*

Como resultado de dicha enmienda, la redacción del artículo 24 quedó en los siguientes términos:

> Artículo 24. Toda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado. Esta libertad incluye el derecho de participar, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. Nadie podrá utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política.
>
> El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.
>
> Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria

De acuerdo a esta redacción, el artículo 24 constitucional reconoce la "libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión", mientras que el texto superado se refería sólo a la libertad de creencias. Esta conceptualización es mucho más parecida a la que adoptan los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, lo cual pone en evidencia la interconexión entre esos derechos.[26] Por otro lado, el artículo reformado reconoce el derecho de participar, "individual o colectivamente, en público o privado, en las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo". Así pues, se observa que la disposición no se modificó en cuanto a las formas o actos por medio de los cuales se pueden manifestar las creencias religiosas. Si bien, en la exposición de motivos que acompañó a la iniciativa de reforma se indicó que la intención de ésta era garantizar el derecho a la libertad religiosa "sin limitación de ninguna índole, acorde a su concepción en los acuerdos y pactos internacionales de los que México es parte", se advierte que los cambios al primer párrafo del artículo 24 en realidad no garantizan una mayor facultad para realizar actos u omisiones fundados en creencias religiosas. Lo que sí establece, sin embargo, es que las ceremonias, devocio-

[26] En relación a este cambio, la iniciativa de reforma constitucional presentada ante la Cámara de Diputados el 18 de marzo de 2010, señala que: "El segundo aspecto de la presente iniciativa, pretende la sustitución de la expresión de libertad de creencias por el de libertad religiosa, lo que no implica únicamente un cambio de conceptos, sino el empleo de una expresión, cuyo alcance y contenido, resulta ser la más adecuada respecto del derecho humano que se tutela, toda vez que como se ha expuesto anteriormente, el derecho humano a la libertad religiosa, no se limita a la libertad de creencia, aunque la primera contempla a la segunda. Mientras que la creencia refiere a convicciones radicales en la conciencia, el derecho a la libertad religiosa es un término más amplio, el cual cuenta con variadas formas en que se ejerce y manifiesta en la vida cotidiana y social". Disponible en: *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/cpeum/CPEUM_209_DOF_19jul13.pdf.*

nes y actos de culto se pueden realizar en lugares públicos, lo cual no estaba previsto en la redacción anterior.

Por otro lado, en el propio primer párrafo, se añadió la prohibición de utilizar los actos públicos de expresión de esta libertad con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política. Lo anterior se encuentra estrechamente relacionado con la restricción prevista en el artículo 130 constitucional, fracción e),[27] en el sentido de prohibir a los ministros de culto[28] asociarse con fines políticos y de realizar proselitismo a favor o en contra de candidatos, partido o asociación política alguna, así como de utilizar expresiones o símbolos religiosos para propaganda política.

Al respecto, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TRIFE) ha conocido de asuntos en los que ha analizado si determinados actos o normas infringen dichas prohibiciones constitucionales. Por ejemplo, en el juicio de revisión constitucional electoral SUP-JRC-069/2003, el TRIFE consideró si la utilización de símbolos religiosos, entre ellos la cruz católica, en la propaganda electoral del candidato propietario del Partido

---

[27] Artículo 130. El principio histórico de la separación del Estado y las iglesias orienta las normas contenidas en el presente artículo. Las iglesias y demás agrupaciones religiosas se sujetarán a la ley.

Corresponde exclusivamente al Congreso de la Unión legislar en materia de culto público y de iglesias y agrupaciones religiosas. La ley reglamentaria respectiva, que será de orden público, desarrollará y concretará las disposiciones siguientes:

…

e) Los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a sus instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios.

Queda estrictamente prohibida la formación de toda clase de agrupaciones políticas cuyo título tenga alguna palabra o indicación cualquiera que la relacione con alguna confesión religiosa. No podrán celebrarse en los templos reuniones de carácter político.

[28] El artículo 12 de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público establece que "se consideran ministros de culto a todas aquellas personas mayores de edad a quienes las asociaciones religiosas a que pertenezcan confieran ese carácter". Asimismo, señala que las asociaciones religiosas deben notificar a la Secretaría de Gobernación a quien le corresponde ese carácter y que, en caso de no hacerlo "se tendrán como ministros de culto a quienes ejerzan en ellas como principal ocupación, funciones de dirección, representación u organización". Por su parte, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha resuelto que incluso se puede ser sujeto de las restricciones dirigidas a los ministros de culto cuando se pertenezca a una iglesia o agrupación religiosa que no se encuentra legalmente constituida como tal. Véase MINISTROS DE CULTO RELIGIOSO. SON INELEGIBLES, AUNQUE LA AGRUPACIÓN O IGLESIA A LA QUE PERTENEZCAN NO ESTÉ REGISTRADA LEGALMENTE, Tesis CIV/2002, *Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, Suplemento 6, 2003, pp. 164 y 165.

Acción Nacional para ocupar el cargo de presidente municipal de Tepotzotlán, Estado de México, daba lugar a la anulación de la elección de ayuntamiento. En su resolución, dicho tribunal estableció que "de acuerdo a la tradición laica del sistema jurídico mexicano, el ejercicio del sufragio debe ser una expresión exclusivamente cívica (derivada de la razón y la conciencia) y no religiosa (que se sustenta en la fe)", de modo que la utilización de elementos religiosos en las campañas electorales:

> Vicia la libertad y la certeza sobre la verdadera voluntad del elector, porque implícitamente se vincula los dogmas revelados por dios con un partido político o candidato, además de significar una ilegítima ventaja de carácter espiritual, moral o psicológico de quien lo hace, en relación con los demás contendientes de la justa electoral.

En ese sentido, el Tribunal determinó que en el caso, la utilización de dichos símbolos constituía una irregularidad grave que daba lugar a la anulación de la elección, toda vez que 93.14% de la población del municipio profesaba la religión católica, "lo que permite estimar que la gran mayoría de los electores de ese municipio son sensibles a los estímulos basados en los elementos de carácter espiritual que caracterizan a la religión católica, y por consecuencia a reaccionar positivamente a favor de quien los difunde".

Por otro lado, al resolver los recursos de apelación SUP-RAP-70/2011 y acumulados,[29] el TRIFE sostuvo que la restricción impuesta a los ministros de culto consistente en no inducir a los ciudadanos a la abstención, a votar por un candidato o partido político, o a no hacerlo por cualquiera de ellos, no puede estimarse que viola la libertad de expresión, en virtud de que "tal medida resulta esencial para garantizar elecciones y la emisión del voto de manera libre, valores que son fundamento de la democracia representativa". El tribunal señaló que lo anterior se justifica debido a que "los miembros de los cultos religiosos son líderes espirituales de la comunidad, de manera que sus integrantes consideran sus expresiones y mensajes, con independencia del lugar o medio de comunicación en que se externen o difundan". Por lo tanto, las apreciaciones que viertan en los términos señalados "pueden afectar el clima de libertad de conciencia que debe imperar en las elecciones democráticas"[30].

---

[29] Resuelto el 1o. de julio de 2011, por unanimidad de votos.

[30] De dicho asunto derivó la siguiente tesis: "LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA LIMITACIÓN DE SU EJERCICIO IMPUESTA A LOS MINISTROS DE CULTO RELIGIOSO, ES CONSTITUCIONALMENTE VÁLIDA. De la interpretación sistemática de los artículos 6o. y 7o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos se desprende que la

En principio, coincido con el razonamiento consistente en que los ministros de culto ejercen influencia moral sobre los feligreses de su congregación, lo cual puede tener como consecuencia que el derecho al voto sea ejercido conforme a criterios que carecen de objetividad, o bien, que pueden provocar de manera indirecta la imposición de determinada postura religiosa sobre personas que no la comparten. No obstante, lo cuestionable de tal argumento es que parte de considerar que los ciudadanos no son plenamente capaces de ejercer sus derechos político-electorales de manera libre y razonada. Como lo señala Manuel Atienza, dicho criterio se podría interpretar en el sentido de que el Estado (por medio de una serie de normas jurídicas) debe actuar en forma paternalista, esto es, *debe proteger a la gente contra ella misma*, contra la tendencia a no votar "de manera consciente y razonada", precisamente por influencia de la religión. No obstante, señala el autor, reconocer esto, supone reconocer que el Estado no es neutral, toda vez que paternalismo y neutralidad son conceptos verdaderamente antitéticos.[31]

Por lo que hace al segundo y tercer párrafo del artículo 24 constitucional, éstos no fueron modificados en la reforma de julio de 2013. Así pues, el segundo párrafo conserva la prohibición para el Congreso de dictar leyes que establezcan religión alguna y, por su parte, el tercer párrafo prevé la regla consistente en que la celebración de actos de culto público se hará dentro de los templos y, de manera extraordinaria, fuera de éstos, caso en

libertad de expresión es un derecho humano que admite aquellas restricciones que se reconocen válidas en una sociedad libre y democrática, siempre que éstas persigan un fin legítimo de acuerdo al marco de derechos tutelados en el orden constitucional y convencional, y cumplan a su vez con los principios de necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En ese sentido, la disposición prevista en el artículo 353, párrafo 1, inciso a), del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales que prohíbe a los ministros de culto religioso inducir a los ciudadanos a votar por un candidato o partido político, o bien, a abstenerse de ejercer su derecho a votar, implica una limitación al derecho de libertad de expresión de los líderes de la iglesia que deviene constitucionalmente válida, en tanto que busca salvaguardar los principios que orientan el sistema representativo, democrático, laico y federal consagrados en el artículo 40 de la Constitución federal. Constituye también una medida necesaria, dada la ascendencia que se reconoce tienen los ministros de culto religioso como líderes de la iglesia en sectores específicos de la comunidad y es proporcional al fin perseguido, en virtud de que si bien se les exige una conducta determinada consistente en no hacer proselitismo político-electoral, los correlativos principios y valores democráticos constitucionales que se pretenden tutelar son de la mayor dimensión social en tanto que están dirigidos a preservar elecciones en las que primen los principios de sufragio universal, libre y directo en términos de lo dispuesto del artículo 41 de la propia norma fundamental". Tesis XXXVIII/2014, *Gaceta Jurisprudencia y Tesis en materia electoral*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, año 7, núm. 15, 2014, pp. 91 y 92.

31 Atienza Rodríguez, Manuel, *Reflexiones sobre tres sentencias del Tribunal Electoral. Casos Tanetze, García Flores y Yurécuaro*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009, p. 54, disponible en *http://www.trife.gob.mx/sites/default/files/publicaciones/file/19_reflexiones.pdf.*

que se sujetarán a la ley reglamentaria. Dicha regulación se encuentra en la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público, cuyo artículo 21, segundo párrafo, señala:

> Las asociaciones religiosas únicamente podrán, de manera extraordinaria, transmitir o difundir actos de culto religioso a través de medios masivos de comunicación no impresos, previa autorización de la Secretaría de Gobernación. En ningún caso, los actos religiosos podrán difundirse en los tiempos de radio y televisión destinados al Estado.

Por su parte, el artículo 13 de la Convención Americana establece que la libertad de expresión, entendida como la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: *a)* el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o *b)* la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

En estos términos, es viable considerar que la medida legislativa que impone a las asociaciones religiosas la obligación de contar con autorización previa para difundir actos de culto a través de medios masivos de comunicación es violatoria de la prohibición de censura previa establecida en el artículo 13 de la Convención Americana, toda vez que condiciona tal forma de expresión pública a la aprobación previa de la autoridad. Ahora bien, para que tal medida estuviera convalidada por la excepción prevista en el párrafo 4 del artículo 13 de la Convención Americana, se tendría que justificar que la difusión de actos de culto público constituye un "espectáculo público" y, además, que su censura previa obedece a la protección moral de la infancia y la adolescencia.[32]

B. *Reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011*

Como antes se dijo, el segundo factor que impacta en el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad religiosa es la reforma en materia

---

32 En relación a la prohibición de censura previa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que en el caso Olmedo Bustos *vs.* Chile, sostuvo que, si bien la Convención Americana establece una excepción a la censura previa, ésta sólo se permite en el caso de los espectáculos públicos con el fin de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia. En todos los demás casos —concluyó— cualquier medida preventiva implica el menoscabo a la libertad de pensamiento y de expresión. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001, párrafo 70.

de derechos humanos de 2011, y la interpretación que de ésta hizo la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 293/2011.[33] Al realizar una interpretación sistemática del artículo 1o. constitucional, la Suprema Corte estableció que "los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para ampliar el catálogo constitucional de derechos humanos" y que, por ende, el parámetro de control de regularidad constitucional se compone por las normas de derechos humanos previstas en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, las cuales no se relacionan en términos jerárquicos, sino en atención al principio *pro persona*, el cual atiende a la norma o interpretación que más proteja o menos restrinja los derechos humanos.[34]

Así pues, conforme a tal criterio, el contenido actual del derecho de libertad religiosa no sólo está definido por el texto del artículo 24 constitucional, sino por el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, la Convención). Aunque ambas disposiciones son muy similares, conviene hacer referencia por separado a cada una. La Convención Americana, en su artículo 12, establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.
2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.
3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

---

33 Resuelta el 3 de septiembre de 2013, por mayoría de 10 votos del Tribunal Pleno.

34 De dicho asunto derivó la tesis de jurisprudencia de rubro siguiente: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Tesis P./J. 20/2014, *Gaceta del Diario Oficial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, t. I, abril de 2014, p. 202.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Conforme a tal redacción, el párrafo primero del artículo transcrito no parece otorgar un reconocimiento más amplio de la libertad religiosa que el primer párrafo del artículo 24 constitucional, toda vez que establece, en primer lugar, la libertad interior para tener creencias religiosas, así como cambiarlas por otras distintas, y, en segundo, la libertad de "profesar" y "divulgar" tales creencias, términos que de acuerdo a su significado gramatical tienen que ver con la mera adhesión a determinadas creencias (*profesar*) y a la posibilidad de difundirlas (*divulgar*). El párrafo segundo, por su parte, reitera el reconocimiento del referido derecho, pero lo manifiesta en términos de un deber de abstención dirigido al Estado, lo cual se traduce en obligaciones de "respeto" y "protección" a su cargo.

El párrafo tercero prevé los supuestos en los cuales se puede restringir o limitar el ejercicio de dicha libertad, lo cual se tiene que armonizar con las limitaciones previstas en el primer párrafo del artículo 24 constitucional, esto es, que el ejercicio del derecho no constituya un delito o falta penados por la ley, y que no se haga con fines políticos, de proselitismo o de propaganda política. Sobre este punto, se debe tener en cuenta que ante una de las restricciones al derecho previstas expresamente en la Constitución, ésta debe prevalecer, aun a pesar de lo que disponga la norma de carácter internacional[35].

[35] Así lo dispuso el Pleno de la Corte en la jurisprudencia ya citada, de rubro y texto: "DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, *entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado*; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de

Por último, el párrafo cuarto contiene un derecho que no se reconoce de manera directa por el artículo 24 constitucional, esto es, el que tienen los padres para que sus hijos "reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". En relación a este derecho, resulta interesante lo resuelto por la Suprema Corte en el amparo directo en revisión 502/2007. En tal asunto, el quejoso alegó que la Sala de apelación no había atendido su solicitud de ampliación del régimen de convivencia con su hija menor de edad con el fin de celebrar con ella las festividades y tradiciones propias de la religión judía. Al respecto, el Tribunal Colegiado que conoció del asunto determinó que fue correcta la determinación de la Sala responsable al no pronunciarse en algún sentido, "ya que la garantía de libertad religiosa se encuentra consagrada constitucionalmente, de modo que hay una obligación por parte de los órganos del Estado de abstenerse de actuar en relación a cómo debe ejercerse esa garantía, salvo que se constituya un delito o falta penados por la ley".

Para determinar si tal determinación era correcta, la Primera Sala de la Suprema Corte hizo una interpretación sistemática de diversas disposiciones constitucionales, convencionales y legales, con base en la cual estableció que el derecho a la educación religiosa corresponde a ambos progenitores y que, por lo tanto, el juzgador sí está obligado a conciliar su ejercicio, sin que ello implique trasgredir el principio de laicidad del Estado consagrado en el artículo 130 de la Constitución. No obstante, precisó que el derecho de los padres a infundir en sus hijos convicciones religiosas no es absoluto ya que tiene como límite el interés superior del menor, que en el caso se traducía en el derecho a vivir en un ambiente de libertad y tolerancia religiosa.

Por lo tanto, indicó que no se debía establecer un régimen de convivencia estrictamente calendarizado en atención a las celebraciones o eventos religiosos de los progenitores, "pues ello implicaría caer en el extremo de que el Estado laico *garantice* el ejercicio personal e irrestricto de cada credo religioso". Así consideró que quedaba al prudente arbitrio del juzgador preguntar a la menor sobre el régimen de convivencia, la que sólo tenía cinco años. Indicó que lo anterior no limitaba ni restringía el derecho de los padres para guiar a sus hijos en el ejercicio de sus prácticas religiosas, "en tanto que los padres tienen derecho de llevar a sus hijos a los cultos y ceremonias propias de su religión, para que cuando éstos tengan la edad y capacidad su-

---

los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano". (énfasis añadido), *Ibidem*.

ficiente puedan elegir libremente la religión que quieran profesar o no elegir religión alguna".

Los lineamientos establecidos por la Primera Sala en este asunto no parecen fáciles de aplicar en el caso concreto para el juez que conoció del caso pues, por una parte, éste habrá de considerar que ambos progenitores tienen el derecho a que su hija se eduque en la religión que estimen conveniente; que ese derecho no es *irrestricto* de modo que no se puede obligar a la menor de edad a que asista a todas las celebraciones de ambas religiones y, además, que cualquier decisión se debía tomar en atención al interés superior de la menor de edad, cuya opinión se debía tomar en cuenta *si se consideraba prudente*, en virtud de su corta edad. No obstante su complejidad, lo anterior no significa que tal determinación sea desacertada, ya que, en principio, lo decidido por la Corte tenía como fin establecer que al estar en juego el derecho de ambos padres para la educación religiosa de su hija, así como el interés superior de ésta, el juez sí estaba obligado a conciliar el conflicto entre las pretensiones de los progenitores, lo cual no implicaba una infracción al principio de división entre Estado y las iglesias.

Ahora bien, por lo que hace al artículo 18 del Pacto, éste señala lo siguiente:

> 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.
>
> 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.
>
> 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.
>
> 4. Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

De una lectura de este artículo, se aprecia que a diferencia del texto de la Convención Americana, el Pacto establece que son formas de manifestación de las creencias "las prácticas" y "la enseñanza". En relación a estos conceptos, el Comité de Derechos Humanos ha señalado lo siguiente:

> La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como la observancia de normas dietéticas, el uso de prendas de vestir o tocados distintivos, la participación en ritos asociados con determinadas etapas de la vida, y el empleo de un lenguaje especial que habitualmente sólo hablan los miembros del grupo. Además, la práctica y la enseñanza de la religión o de las creencias incluyen actos que son parte integrante de la forma en que los grupos religiosos llevan a cabo sus actividades fundamentales, como ocurre con la libertad de escoger a sus dirigentes religiosos, sacerdotes y maestros, la libertad de establecer seminarios o escuelas religiosas y la libertad de preparar y distribuir textos o publicaciones religiosos.

De este modo, el Comité entiende que la *práctica* de una religión no sólo tiene un carácter sacramental o institucionalizado, sino que ésta se manifiesta en la manera de conducirse en la vida diaria, esto es, en aspectos como el vestido, la comida y el lenguaje. Una interpretación de este tipo se basa en considerar que la observancia de una religión trasciende a todos los ámbitos de la vida y, que por ende, dichos actos merecen protección jurídica en tanto no atenten contra la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

Lo anterior pone de manifiesto que el entendimiento del derecho a la libertad religiosa no debe necesariamente restringirse a los actos de culto respectivo, pues en ocasiones, ello significa desconocer o ignorar el carácter multidimensional de las doctrinas religiosas, las cuales tienen como finalidad ofrecer una explicación sobre el sentido del ser y la vida. Desde esta perspectiva, las creencias religiosas se pueden traducir en dogmas o mandatos que entran en conflicto con deberes jurídicos de carácter general, lo cual hace necesario analizar cada caso de forma individual para determinar si el acto u omisión se pude considerar como una manifestación de la libertad religiosa.

Así pues, la definición del derecho de libertad religiosa es una actividad aún en curso. Sólo mediante la resolución de casos específicos se podrán establecer estándares sobre el contenido de este derecho. En la actualidad, la regulación constitucional en materia de derechos fundamentales permite interpretar las normas de una forma extensiva, sin que ello implique desconocer los principios rectores de nuestro sistema jurídico. Por lo tanto, la decisión de este tipo de asuntos se presenta como un gran reto para los órganos jurisdiccionales, toda vez que, al tratarse de un derecho *justiciable*, tienen que dar respuesta a las pretensiones y conflictos que se les presentan. Por fortuna, la doctrina jurídica y el derecho comparado proveen suficientes herramientas para hacer frente a lo anterior, el resto está en la capacidad argumentativa de los justiciables y la postura personal e institucional de

nuestros jueces. Esperemos que el conjunto de estos factores redunde en certeza jurídica.

IV. Bibliografía

ATIENZA Rodríguez, Manuel, *Reflexiones sobre tres sentencias del Tribunal Electoral. Casos Tanetze, García Flores y Yurécuaro*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2009.

BOVERO, Michelangelo, *El concepto de laicidad*, Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad, núm. 2, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos, caso "La Última Tentación de Cristo" (Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile), sentencia de 5 de febrero de 2001.

CHIASSONI, Pierluigi, *Laicidad y libertad religiosa*, Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad, núm. 10, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Decreto por el que se reforma el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación,* 30 de noviembre de 2012.

GASCÓN ABELLÁN, Marina, *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, 2010.

HERVADA, J., *Pensamiento sobre sociedad plural y dimensión religiosa*, Ius Canonicum, 1979, vol. XIX, núm. 38.

IBÁN, Iván C. *et al.*, *Manual de derecho eclesiástico*, Trotta, 2004.

ONU, observación general núm. 22, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, artículo 18. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, 48 periodo de sesiones, Doc. HRI/GEN/1/Rev.7-179 (1993).

RUIZ Michel, Alfonso, *Laicidad y Constitución*, Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad, núm. 8, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SALDAÑA, Javier y ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, *Poder estatal y libertad religiosa*. Fundamentos de su relación, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Democracia y laicidad activa*, Colección de cuadernos "Jorge Carpizo". Para entender y pensar la laicidad, núm. 14, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN Y DERECHO DE PROPIEDAD: ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL CAPÍTULO 11 DEL TLCAN*

José Ma. SERNA DE LA GARZA**

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La literatura crítica en relación con el impacto constitucional de los tratados bilaterales de inversión*. III. *El debate mexicano sobre el Capítulo 11 del TLCAN*. IV. *La Corte Constitucional de Colombia ante los tribunales bilaterales de inversión: el caso C-358/96*. V. *El caso Metalclad* vs. *Estados Unidos Mexicanos*. VI. *Crítica al laudo en el caso Metalclad* vs. *México y reflexión final.*

I. INTRODUCCIÓN

Desde hace algunos años diversos autores han identificado el surgimiento de regímenes normativos internacionales que parecen desafiar el constitucionalismo centrado en el Estado, así como la noción de que los *modos de gobierno constitucional* son exclusivos de los Estados. De esta manera, por ejemplo, Walker ha examinado el desarrollo, más allá del Estado, de ciertos niveles e instancias con capacidad de toma de decisiones, así como de ciertos tipos de instituciones y prácticas transnacionales con capacidad regulatoria, que están normalmente asociados a la oferta de "gobernanza constitucional".[1] Con ello, se refiere a organizaciones regionales como la Unión Europea o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), o bien a orga-

* El presente ensayo se basa en una reflexión más amplia, que puede encontrarse en mi libro *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, 2012 (específicamente en el Capítulo Sexto).

** Investigador titular en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

1 Las capacidades de estos regímenes (normas e instituciones) van desde el surgimiento de cartas de derechos y regímenes fuertes de revisión judicial, a la elaboración de *checks and balances* inter-institucionales y el desarrollo de sistemas de rendición de cuentas. Walker, Neil, "Taking Constitutionalism Beyond the State", *Political Studies*, vol. 56, 2008, p. 519.

nizaciones funcionales como la OMC y la *Internet Corporation of Assigned Names and Numbers* (ICANN), así como a instituciones globales dentro del marco de las Naciones Unidas.[2] Asimismo, estudia Walker la tendencia creciente de estas instancias post-estatales con capacidad de generar políticas, y de las instituciones y prácticas de regulación vinculadas a ellas, a ser conceptualizadas en términos constitucionales explícitos, así como el crecimiento en la "imaginación" constitucional de instituciones regulatorias post-estatales.[3]

Sobre la base de estas premisas, y si pensamos en México y el TLCAN, bien podemos preguntarnos: ¿en qué medida pueden las decisiones de los tribunales arbitrales de dicho tratado influir en la definición de los significados contenidos en la Constitución mexicana? La pregunta ha sido planteada por Schneiderman para el caso canadiense. Para este autor, el texto del TLCAN en materia de propiedad y las decisiones de los tribunales arbitrales en esta materia, se han basado en la doctrina constitucional estadounidense referida a la expropiación (*takings*). Asimismo, sugiere este autor que en la medida en que con el tiempo los tribunales arbitrales del TLCAN vayan desarrollando un cuerpo de doctrina referido al derecho de propiedad y al poder expropiatorio de los Estados parte del tratado (él piensa específicamente en Canadá) puede generarse un cambio en la cultura constitucional doméstica que se acerque a los criterios que en esa materia existen en los EE. UU. (y más inspirados en una filosofía de gobierno limitado).[4] Al parecer, podríamos estar ante un ejemplo de lo que de Sousa Santos ha llamado "localismo globalizado": normas locales que han alcanzado (o pueden llegar a alcanzar) un ámbito global.[5]

En otras palabras, Schneiderman se pregunta si acaso tanto el régimen de protección de inversiones del TLCAN, como los criterios que han definido los respectivos tribunales arbitrales, son manifestación del inicio en un cambio de la cultura constitucional en una dirección más favorable al libre mercado, y menos a la intervención del Estado en la economía.[6]

En el presente ensayo nos proponemos discutir estas preguntas y sus posibles respuestas para el caso mexicano. Para ello, en primer lugar examinamos la literatura crítica en relación con el impacto constitucional de los

---

2 *Idem*.

3 *Ibidem*, pp. 519 y 520.

4 Schneiderman, David, "Property rights and regulatory innovation: Comparing constitutional cultures", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 2, abril 2006, pp. 371-391.

5 Sousa Santos, Boaventura de, *Toward a New Common Sense*, Routledge, New York-London, 1995.

6 Schneiderman, David, "Banging Constitutional Bibles: Observing Constitutional Culture in Transition", *University of Toronto Law Journal*, vol. 55, núm. 3, verano 2005, pp. 834 y 835.

tratados bilaterales de inversión (II); en segundo lugar, nos aproximamos al debate mexicano sobre el Capítulo 11 del TLCAN, que es el que se refiere a los mecanismos de protección de inversiones (III); posteriormente, y como un referente de derecho comparado, estudiamos la decisión de la Corte Constitucional de Colombia en el caso C-358/96 (vinculado al tema del tratado bilateral de inversión suscrito entre Colombia y el Reino Unido) (IV); para después referirnos al caso Metalclad *vs.* Estados Unidos Mexicanos (V); finalmente desarrollamos una evaluación crítica sobre el laudo en el caso Metalclad *vs*. México para terminar el ensayo con una reflexión final (VI).

II. La literatura crítica en relación con el impacto constitucional de los tratados bilaterales de inversión

El Capítulo 11 del TLCAN contiene normas relativas a la protección de la inversión extranjera en el área cubierta por el tratado.[7] Sus objetivos son el establecimiento de un ambiente de inversión seguro con reglas claras que garanticen un trato justo y equitativo al inversionista extranjero; la remoción de barreras a la inversión, con la eliminación o reducción de restricciones, y la creación de medios eficaces para la resolución de disputas entre los inversionistas y los gobiernos de los Estados receptores de la inversión.[8]

En esencia, en dicho capítulo están previstas una serie de disposiciones sobre:

A. Trato nacional (artículo 1102). Implica que cada una de las partes otorgue a los inversionistas de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus propios inversionistas.

B. Trato de nación más favorecida (artículo 1103). En virtud del cual cada una de las Partes se obliga a otorgar a los inversionistas de otra parte trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas de cualquier otra parte o de un país que no sea parte.

C. Nivel de trato (artículo 1104). Según el cual cada una de las partes debe otorgar a los inversionistas y a las inversiones de los inversionistas de otra parte el mejor de los tratos requeridos por los artículos 1102 y 1103.

---

[7] Como todos los tratados bilaterales de inversión, el Capítulo XI del TLCAN incluye normas sobre: *a)* definición de inversión extranjera; *b)* admisión de inversiones; *c)* estándares nacionales; *d)* nación más favorecida; *e)* tratamiento justo y equitativo; *f)* compensación por expropiación, y *g)* resolución de disputas.

[8] Strazzeri, Joseph A., "A Lucas Analysis of Regulatory Expropriations Under NAFTA Chapter Eleven", *Georgetown International Environmental Law Review*, vol. 14, verano 2002, p. 839.

D. Nivel mínimo de trato (artículo 1105). El cual exige que cada una de las partes otorgue a las inversiones de los inversionistas de otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas.

E. Requisitos de desempeño (artículo 1106). Por el cual ninguna de las partes podrá imponer ni hacer cumplir cualquiera de una serie de requisitos o hacer cumplir ningún compromiso o iniciativa, en relación con el establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción u operación de una inversión de un inversionista de una parte o de un país no parte en su territorio para, por ejemplo, exportar un determinado nivel o porcentaje de bienes o servicios; alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; adquirir o utilizar u otorgar preferencia a bienes producidos, entre otras.

F. Altos ejecutivos y consejos de administración (artículo 1107). En virtud del cual ninguna de las partes podrá exigir que una empresa de esa parte, que sea una inversión de un inversionista de otra parte, designe a individuos de alguna nacionalidad en particular para ocupar puestos de alta dirección.

G. Transferencias (artículo 1109). Por el que cada una de las partes se obliga a permitir que todas las transferencias relacionadas con la inversión de un inversionista de otra de las partes en territorio de la parte, se hagan libremente y sin demora.

H. Expropiación y compensación (artículo 1110). Que establecen el derecho de los inversionistas extranjeros de exigir compensación en caso de expropiación por parte del Estado anfitrión, creando un derecho de acción para el inversionista, ejecutable vía arbitraje, contra el acto de expropiación realizado por el Estado, en los términos del artículo 1110 del TLCAN:

> Artículo 1110. Expropiación y compensación
>
> 1. Ninguna de las partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra Parte en su territorio, ni adoptar ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea:
>
> a. por causa de utilidad pública;
> b. sobre bases no discriminatorias;
> c. con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(1); y
> d. mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.
>
> 2. La indemnización será equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la medida expropiatoria se haya llevado a cabo (fecha de expropiación), y no reflejará ningún

cambio en el valor debido a que la intención de expropiar se conoció con antelación a la fecha de expropiación. Los criterios de valuación incluirán el valor corriente, el valor del activo (incluyendo el valor fiscal declarado de bienes tangibles), así como otros criterios que resulten apropiados para determinar el valor justo de mercado.

3. El pago de la indemnización se hará sin demora y será completamente liquidable.

4. En caso de que la indemnización sea pagada en la moneda de un país miembro del Grupo de los Siete, la indemnización incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de la expropiación hasta la fecha de pago.

5. Si una parte elige pagar en una moneda distinta a la del Grupo de los Siete, la cantidad pagada no será inferior a la equivalente que por indemnización se hubiera pagado en la divisa de alguno de los países miembros del Grupo de los Siete en la fecha de expropiación y esta divisa se hubiese convertido a la cotización de mercado vigente en la fecha de expropiación, más los intereses que hubiese generado a una tasa comercial razonable para dicha divisa hasta la fecha del pago

6. Una vez pagada, la indemnización podrá transferirse libremente de conformidad con el artículo 1109.

7. Este artículo no se aplica a la expedición de licencias obligatorias otorgadas en relación a derechos de propiedad intelectual, o a la revocación, limitación o creación de dichos derechos en la medida que dicha expedición, revocación, limitación o creación sea conforme con el Capítulo XVII, "Propiedad intelectual".

8. Para los efectos de este artículo y para mayor certeza, no se considerará que una medida no discriminatoria de aplicación general es una medida equivalente a la expropiación de un valor de deuda o un préstamo cubiertos por este capítulo, sólo porque dicha medida imponga costos a un deudor cuyo resultado sea la falta de pago del adeudo.[9]

Resulta importante resaltar que este artículo contempla tanto la "expropiación directa" (que es consecuencia de cualquier medida que priva al inversionista de los títulos de propiedad y sus derechos inherentes); como la "expropiación indirecta", que es más difícil de definir, y que generalmente

[9] Según Daly, los criterios que han de guiar la indemnización por expropiación ("valor de mercado", "sin demora", "completamente liquidable", "transferible"), contenidos en el artículo 110 del TLCAN corresponden a los de la llamada fórmula Hull (quien fuera Secretario de Estado de los EE. UU.), elaborada en el contexto de la polémica entre los gobiernos de México y EE. UU. a partir de las expropiaciones agrarias y petrolera de los años treinta del siglo pasado. Daly, Justine, "Has Mexico Crossed the Border on State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA", *Saint Mary's Law Journal*, vol. 25, 1994, p. 1192.

deriva de medidas de regulación expedidas por el gobierno, que limitan el uso y disfrute de los bienes, o afectan negativamente su valor y capacidad para generar un beneficio económico para el propietario.[10] Asimismo, el Capítulo 11 requiere que las disputas sean decididas de acuerdo con el derecho internacional,[11] según lo establece el artículo 1131 del TLCAN:

> Artículo 1131. Derecho aplicable
>
> 1. Un tribunal establecido conforme a esta sección decidirá las controversias que se sometan a su consideración de conformidad con este tratado y con las reglas aplicables del derecho internacional.

Las reglas del Capítulo 11 del TLCAN corresponden a las que son común denominador en los tratados bilaterales de inversión, los cuales comenzaron a surgir desde finales de los años sesenta, pero que han tenido un gran crecimiento en la década de los noventa del siglo pasado. Como apuntan van Harten y Loughlin, desde estos años los Estados han ido aceptado entrar en un régimen internacional en que a los inversionistas extranjeros (léase, principalmente, empresas multinacionales) se les otorga la capacidad de presentar y ejecutar demandas internacionales contra los Estados en disputas que derivan de la regulación estatal de sus propiedades e inversiones.[12]

Cabe señalar que dichos tratados tienen ciertas características que los hacen poco usuales. Por ejemplo, las demandas pueden ser presentadas por los inversionistas extranjeros en lo individual, en disputas que surgen a partir del ejercicio de la autoridad pública por parte de un Estado; asimismo, dichas demandas no están sujetas a las limitaciones acostumbradas que se aplican a las demandas individuales en otros tipos de tratados (por ejemplo, el deber de agotar los recursos domésticos o la tradicional inmunidad soberana de los Estados). Además, en los tratados de inversiones, los inversionistas pueden

---

[10] "El gobierno puede regular el uso de la propiedad privada con base en su poder de policía con el propósito de proteger la salud pública, seguridad, o bienestar, pero en cierto punto estas regulaciones pueden convertirse en una expropiación que requiera compensación. Decidir cómo definir esta línea y dónde ponerla ha sido fuente de muchas deliberaciones judiciales, pero el tema no ha sido decidido definitivamente." Strazzeri, *op. cit.*, p. 850.

[11] Puede afirmarse que el derecho internacional reconoce que la propiedad de extranjeros solamente puede ser expropiada legítimamente si la justifica una razón de utilidad pública, si no es discriminatoria y si va acompañada de una compensación adecuada. Sin embargo, el derecho internacional no ha producido criterios claros acerca de cuándo estamos ante una "expropiación indirecta" (compensable) y una regulación legítima (no compensable). Véase *ibidem*, pp. 843 y 844.

[12] Van Harten, Gus y Loughlin, Martin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *European Journal of International Law*, vol. 17, núm. 1, 2006, pp. 122 y 123.

presentar directamente su demanda por daños para obtener una compensación así como una sanción al Estado demandado, bajo el argumento de que el ejercicio de autoridad pública fue contrario a derecho; finalmente, y en razón de que los tratados de inversiones incorporan el marco procesal y la estructura de ejecución del arbitraje comercial internacional, los inversionistas pueden buscar directamente la ejecución de laudos de los tribunales de arbitraje ante los tribunales domésticos de un gran número de países, con limitada supervisión judicial de los propios tribunales domésticos.[13]

Los referidos autores sostienen que el efecto combinado de estos elementos, es sujetar la conducta regulatoria de los Estados a control, por medio de una adjudicación internacional obligatoria, en un grado no usual. Y es por ese potencial que estos mecanismos ejercen una influencia disciplinaria en los programas administrativos domésticos. Son un medio —sostienen— para revisar y controlar el ejercicio de la autoridad pública en el Estado, análogo a la revisión judicial doméstica a manera de un mecanismo autónomo, internacionalmente organizado que se intersecta en formas críticas con los sistemas domésticos, y que se configura en un método importante a disposición de los inversionistas extranjeros para resistir la regulación estatal y buscar compensación por los costos que surgen del ejercicio de la autoridad pública.[14]

Ahora bien, Cremades y Cairos han observado que hasta la década de los noventa del siglo pasado, los tratados de inversión no habían llamado mucho la atención de las ONG. Sin embargo, esto cambió con el debate sobre el TLCAN, el cual atrajo la oposición de grupos ecologistas que temían que el libre comercio llevaría a transferir empresas a México para evitar los controles ambientales canadienses y estadounidenses. Al decir de estos autores, la oposición de las ONG se incrementó cuando, correcta o incorrectamente, se empezó a creer que los inversionistas podrían usar las disposiciones de resolución de disputas para derribar medidas de protección ecológica. Esta discusión llegó a un punto álgido en 1997, cuando la empresa estadounidense Ethyl Corporation demandó al gobierno canadiense bajo el Capítulo11 del TLCAN, argumentando que una regulación que prohibía un aditivo a la gasolina violaba el trato nacional y las disposiciones anti-expropiación. En este caso, el gobierno de Canadá retiró la regulación y llegó a un arreglo con la parte actora. Pero desde entonces hay gran sospecha del potencial del TLCAN de debilitar las medidas de protección ambiental.[15]

---

[13] *Idem*.

[14] *Ibidem*, pp. 123 y 124.

[15] Cremades, Bernardo y Cairns, David, "The Brave New World of Global Arbitration", *The Journal of World Investment*, vol. 3, núm. 2, abril de 2002, p. 179.

Un elemento muy importante por destacar, es que en los tratados bilaterales de inversión se incorpora el marco procesal y la estructura de ejecución del arbitraje comercial internacional, el cual tradicionalmente se ha visto como un método privado de adjudicación, sujeto a las preferencias de las partes en disputa, permitiéndoles usar reglas de adjudicación sobre temas de confidencialidad de los procedimientos o las actividades profesionales de los árbitros (aspectos que son muy importantes en el sistema de tribunales "públicos"').[16]

No es este el lugar para profundizar en la manera en que funciona este sistema. Nos limitaremos a señalar que el Capítulo 11 del TLCAN, se refiere para propósitos de ejecución a la Convención de ICSID[17] y a la Convención de Nueva York.[18] La cuestión de qué estructura de ejecución se aplica para ejecutar un laudo bajo el Capítulo 11 depende de las reglas de arbitraje bajo las que el inversionista interpone su demanda. Pueden hacerlo según las Reglas de ICSID (Centro Internacional del Banco Mundial para la solución de controversias sobre inversiones), o según el Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID, o bien bajo las Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para las Leyes del Comercio Internacional (Reglamento UNCITRAL). [19]

Si el inversionista elige las Reglas de ICSID, el procedimiento de arbitraje del Capítulo 11 del TLCAN es regido por la Convención de ICSID, la cual dispone que un laudo emitido en el marco de la Convención de ICSID tiene la fuerza de una sentencia definitiva de un tribunal de un Estado parte y no puede ser revisado por tribunales domésticos. Pero si el inversionista elige las Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID o las de UNCITRAL, el arbitraje del Capítulo 11 se rige por las normas de la Convención de Nueva York, que establecen que un laudo ha de ser reconocido como vinculante por los Estados parte del tratado y que los tribunales domésticos solamente pueden revisarlos por un número limitado de razones. Por estos motivos, en buena medida, los laudos de los páneles de arbitraje en materia

---

[16] Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, p. 125.

[17] En el marco de la Convención sobre Solución de Controversias de Inversión entre los Estados y los Nacionales de otros Estados (1965), se creó una institución afiliada al Banco Mundial denominada Centro Internacional para la Solución de Controversias de Inversión (ICSID) en Washington, D.C., cuya función principal es actuar como secretaría de arbitraje bajo los términos y procedimientos de la convención. Gantz, David, "Resolución de Controversias en materia de Inversiones Extranjeras en el TLCAN", en AA. VV., *Prácticas desleales del comercio internacional*, México, UNAM, 1995, pp. 155 y 156.

[18] Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Convención de Nueva York), 1958.

[19] Véase el artículo 1120 del TLCAN.

de inversiones están aislados de la revisión judicial doméstica[20] (de ahí su carácter de "semi-autónomos", como diría Sorensen).[21]

Debemos mencionar, no obstante, que ni México ni Canadá son parte de ICSID, pero pueden escoger las Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID o las de UNCITRAL cuando surgen disputas relativas a inversión extranjera, en términos del artículo 1122 del TLCAN.[22]

Como ya se ha dicho, un aspecto central de los tratados de inversión es que trasplantan el modelo de adjudicación privada de la esfera comercial, al ámbito del gobierno, y con ello dan a árbitros privadamente contratados la autoridad de hacer lo que son esencialmente decisiones de gobierno. Esto ocurre así porque los tratados de inversiones incorporan los tratados de arbitraje para dar un foro institucional y marco procesal al arbitraje de inversiones. Además, los tratados de inversiones también se basan en los tratados de arbitraje para la ejecución de los laudos arbitrales por parte de los tribunales domésticos. Estamos, en suma, ante un proceso en el que el marco procesal y la estructura de ejecución del arbitraje comercial internacional que es la base para el uso de un modelo privado de adjudicación, fue extendido para resolver disputas regulatorias entre individuos y el Estado.[23] Lo anterior significa que el arbitraje de ICSID ha entrado en la esfera pública, incluyendo disputas regulatorias entre inversionistas y el Estado. Para van Harten y Loughlin, esta expansión en la esfera pública marca el nacimiento

[20] "In sum, investment treaties delegate adjudicative authority not only to international tribunals, but also to the courts of the seat of the arbitration and any prospective place of enforcement. Where an investment arbitration tribunal chooses the respondent state as the seat of the arbitration, the tribunal is subject to supervision by the courts of that state, subject to its domestic law. Where a foreign state is chosen as the seat of the arbitration, the arbitration is subject to supervision by foreign courts, subject to foreign domestic law. This means that the state parties to an investment treaty, by consenting to investment arbitration, have in effect delegated authority over the adjudication of regulatory disputes within their territory to the domestic courts of as many as 165 countries." Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, pp. 134-137.

[21] Sorensen, Max, "Autonomous Legal Orders: Some Considerations Relating to a Systems Analysis of International Organizations in the World Legal Order", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 32, parte 3, julio de 1983, p. 562.

[22] TLCAN: "Artículo 1122. Consentimiento al arbitraje.

1. Cada una de las partes consiente en someter reclamaciones a arbitraje con apego a los procedimientos establecidos en este tratado.

2. El consentimiento a que se refiere el párrafo 1 y el sometimiento de una reclamación a arbitraje por parte de un inversionista contendiente cumplirá con los requisitos señalados en:

a. el Capítulo II del Convenio del CIADI (Jurisdicción del Centro) y las Reglas del Mecanismo Complementario que exigen el consentimiento por escrito de las partes;

b. el Artículo II de la Convención de Nueva York, que exige un acuerdo por escrito; y

c. el Artículo I de la Convención Interamericana, que requiere un acuerdo".

[23] Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, p. 126.

del arbitraje de inversiones como manifestación del derecho administrativo global.[24]

En el mismo sentido, Cremades y Cairns han señalado que el arbitraje comercial internacional es tradicionalmente una forma privada, si no es que confidencial, de resolución de disputas. De acuerdo con ello, solamente las partes del acuerdo de arbitraje tienen derecho a participar, los árbitros aplican el derecho aplicable y usos comerciales y no necesitan involucrarse con tópicos más amplios de política pública (excepto en raros casos, tales como corrupción) y la ejecución del laudo afecta sólo a las partes del arbitraje:

> Sin embargo, el moderno procedimiento de arbitraje inversionista-Estado no es compatible con este modelo de arbitraje. El arbitraje inversionista-Estado ha forzado ya la adaptación del concepto de acuerdo arbitral, como se ha referido arriba, y otras adaptaciones pueden esperarse, particularmente a la luz de la crítica hostil de las ONG y grupos anti-globalización atraídas por algunos arbitrajes inversionista-Estado de alto perfil… El mero hecho de que un arbitraje inversionista-Estado involucra a un Estado parte significa que hace surgir tópicos públicos y no meramente privados. El potencial de un mecanismo de arbitraje inversionista-Estado de traer a la luz un conflicto entre las obligaciones de libre comercio del Estado y objetivos de política social en competencia complica la tarea de un tribunal arbitral.[25]

El modelo privado de adjudicación de disputas en las que por definición hay un elemento público relevante (al ser el Estado una de las partes), ha

[24] Van Harten y Loughlin reconocen que existen similitudes entre el arbitraje privado y el arbitraje de inversiones. Ambos implican una demanda de un actor privado ante un tribunal de árbitros contratado privadamente, los procedimientos son reglas originadas en el arbitraje privado y el remedio general es compensación económica por daños. Sin embargo, observan que hay entre ambos diferencias importantes: el arbitraje comercial se origina en un acuerdo entre partes privadas en el sentido de arbitrar disputas entre ellos de una manera particular, y su autoridad deriva de su autonomía como individuos para arreglar sus asuntos privados. El arbitraje de inversiones, en cambio, se origina en la autoridad del Estado de usar la adjudicación para resolver disputas que surjan del ejercicio de la autoridad pública, y es constituido por un acto soberano del Estado, y no por un acto privado del Estado, y esto hace del arbitraje de inversión más análogo a la revisión judicial doméstica de la conducta regulatoria del estado. Así —afirman los autores— con la autorización que el Estado respectivo hace del referido mecanismo, este especial método de toma de decisión es incorporado en el aparato de gobierno del estado: "By exercising their adjudicative authority, arbitrators decide whether and how public authority may be used to restrict capital transfers, establish standards, control land use, establish product standards, deliver services, regulate technology use, and so on." *Ibidem*, pp. 127, 140-146.

[25] Cremades, Bernardo y Cairns, David, "The Brave New World of Global Arbitration", *The Journal of World Investment*, vol. 3, núm. 2, abril de 2002, p. 193.

generado tensiones de diverso tipo. Un tema relevante es la designación de los árbitros privados, que no son miembros de una judicatura, sino son abogados practicantes o académicos, que compiten por las designaciones en un mercado de servicios de adjudicación. A diferencia de los jueces, los árbitros tienen un interés comercial de proveer un servicio eficaz y económicamente valuable a sus clientes, y no hay garantías de independencia y de imparcialidad. Incluso no es raro que en un caso una persona sea de un panel y en otro un abogado de una parte.[26]

Cremades y Cairns observan, por su parte, un notable desequilibrio entre los inversionistas y los Estados, en los derechos establecidos por los tratados, ya que hay muy limitados derechos para los Estados contra los inversionistas extranjeros, en particular, no hay derecho del Estado al arbitraje. Pero sí está obligado a entrar en el arbitraje si el inversionista lo requiere. En general, en relación con los tribunales arbitrales de inversión se invocan objeciones de pérdida de soberanía, falta de rendición de cuentas y transparencia (la secrecía del arbitraje crea sospechas en casos controvertidos) y de la subversión de políticas públicas por los tribunales arbitrales, especialmente en materia de política ambientalista de instituciones democráticamente elegidas.[27]

David Schneiderman tiene una visión muy crítica de los regímenes jurídicos globales en materia de comercio e inversión. Según este autor los regímenes jurídicos asociados con la globalización económica:

> …están interesados en sujetar a los estados, a través del derecho económico internacional, al campo más reducido de posibilidades políticas. Esta economía política de la certeza está siendo asegurada, en parte, vía el establecimiento de un régimen transnacional para la protección y promoción de la inversión extranjera.[28]

---

[26] Van Harten y Loughlin hablan incluso de un sesgo en el mecanismo, contrario a los Estados: "the greater the utility of investment arbitration to investors, the greater the number of claims will be filed, the greater the demand for arbitrators". Van Harten y Loughlin, *op. cit.*, p. 148.

[27] Estos son retos que la comunidad del arbitraje internacional en materia de inversiones debe enfrentar. De hecho, señalan estos autores que por ello precisamente es que la Declaración Ministerial de la Reunión de OMC en Doha, Qatar, determinó que el arbitraje internacional no debía aparecer como debilitando el derecho de los Estados de regular en el interés público. Cremades y Cairns, *op. cit.*, pp. 189, 193 y 197.

[28] Schneiderman, David, "Investment Rules and The Rule of Law", *Constellations*, vol. 8, núm. 4, 2001, p. 521.

Más aún, Schneiderman sostiene que la intención de ese régimen es proteger la inversión extranjera en el futuro, al sujetar a los países a marcos regulatorios predecibles, así como debilitar o paralizar ciertos procesos políticos, imponiendo la disciplina de *rule of law* en la regulación estatal del mercado, lo cual tiene el efecto de aislar aspectos clave de la vida económica de las presiones de la política mayoritaria.[29]

Schneiderman llega a proponer la idea de que las reglas sobre inversiones extranjeras pueden asemejarse a una nueva forma de constitucionalismo.[30] Es un constitucionalismo preocupado por poner límites al Estado —inhibir posibilidades para la acción política— estableciendo límites vinculantes, en la forma de principios generales, sobre la habilidad del Estado de intervenir en el mercado. Esas reglas operan tanto externamente al Estado —como regímenes jurídicos independientes que disciplinan la acción del Estado— e internamente, por medio de la agencia de la reforma constitucional y con frecuencia la revisión judicial. De esta forma, las reglas de no discriminación, nación más favorecida, trato igual y equitativo, y sobre expropiación, "capturan" los cambios regulatorios que "van demasiado lejos". La premisa subyacente es que puede esperarse que los gobiernos desempeñen solamente funciones regulatorias mínimas, todas las cuales están ineludiblemente subordinadas al mercado "privado".[31]

En particular, Schneiderman ve en la expansión de lo que constituye expropiación, en virtud de las definiciones contenidas en el artículo 1110 del TLCAN, un instrumento que puede tener el efecto de limitar la gama de opciones de regulación y política social disponible para los gobiernos.[32]

---

29 *Ibidem*, p. 522.

30 En otros estudios, Schneiderman ha sostenido que la red de reglas sobre inversiones, identificable en los niveles transnacional, regional y bilateral, exhibe algunas características de las Constituciones domésticas: son una forma de *pre-commitment strategy* que vincula a generaciones futuras de ciudadanos a ciertas y predeterminadas formas institucionales por medio de la cual la política es practicada. Además, estas reglas económicas, como las constituciones, son difíciles de reformar, incluyen mecanismos de ejecución vinculantes y revisión judicial, y a veces derivan del mismo lenguaje de las Constituciones domésticas. Con ello, se ha tratado de "despolitizar" las disputas, para en cambio, "juridificarlas", dando a los inversionistas el derecho de iniciar un litigio para aplicar estos tratados en el sistema de tribunales interno del Estado contratante. Schneiderman, David, "Constitutional Approaches to Privatization: An Inquiry into the Magnitude of Neo-Liberal Constitutionalism", *Law and Contermporary Problems*, vol. 63, núm. 4, otoño 2000, pp. 100 y 101.

31 *Ibidem*, p. 524.

32 "It should not be controversial to conclude, then, that NAFTA's takings rule, merely one element of a new interlocking web of investment protection agreements, is institutionalizing a discourse of limited government that will change Canada's constitutional culture in the direction of US-style limited government.", *Ibidem*, pp. 524-526.

Pero incluso va más allá, puesto que observa una similitud entre las reglas del régimen de inversiones y un orden constitucional. Por ejemplo, cómo una Constitución que opera bajo cierta concepción, Schneiderman argumenta que las reglas de inversión buscan resolver una tensión entre la política mayoritaria e intereses minoritarios, pero por medio de hacer a los inversionistas pasar como un grupo minoritario vulnerable. Además, como las tradicionales constituciones liberales, los acuerdos de inversión aspiran a ser vinculantes por de generaciones (así, son difíciles de cambiar), y con frecuencia tienen mecanismos de aplicación vinculante (que generalmente toman la forma de revisión judicial) y están caracterizados por un lenguaje de derechos vago y abstracto (tales como trato justo e igual, razonabilidad, arbitrariedad, debido proceso). Asimismo, y en congruencia con estas características del tipo constitucional, los acuerdos internacionales de inversiones también dan a los inversionistas derecho de acción por daños contra los Estados, cuando sus "derechos" han sido violados.[33]

En suma, Schneiderman analiza aspectos específicos de las reglas de inversiones sobre expropiación, y concluye que parecen estar fuertemente influidas por la doctrina constitucional de los EE. UU., sobre *takings* de propiedad privada y sugiere que se trata de normas locales que han alcanzado nivel global.[34]

Schneiderman argumenta que desde fines de los ochenta del siglo XX los países de América Latina han emprendido reformas constitucionales de larga escala para relevar a sus agencias estatales de la obligación de proteger el patrimonio nacional —comprendido por industrias y servicios públicos considerados vitales para el futuro del estado, tales como energía eléctrica, petróleo , gas comunicaciones y transportes—.[35] Incluso cita el caso del artículo 27 de la Constitución mexicana, que mandata el monopolio del Estado sobre el petróleo.[36] En relación con este tema, Schneiderman señala que a pesar de que este sector clave fue exceptuado del alcance del TLCAN, las reglas de inversión extranjera en el mismo han sido relajadas para permitir inversión en gas natural. Asimismo, el autor observa que fuera de los parámetros del TLCAN, se ha informado que el gobierno mexicano entró en "transacciones

33 Schneiderman, David, *Constitutionalizing Economic Globalization: Investment Rules and Democracy's Promise*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008. Reseñado por Colón-Ríos, Joel y Hevía, Martín, "Review Essay- What Makes the International Investment Rules Regime Undemocratic?", *German Law Journal*, vol. 10, núm. 8, 2009, pp. 1311-1313.

34 Sousa Santos, Boaventura de, *op. cit.,* nota 5, 1995.

35 Schneiderman, David, "Constitutional Approaches..., *cit.*, p. 89.

36 El referido autor escribió estas opiniones antes de la reforma constitucional en materia energética de 2013.

financieras altamente complejas" para evadir restricciones constitucionales en la industria del petróleo. Y otros elementos del artículo 27 de la Constitución mexicana fueron reformados en el camino al TLCAN, incluyendo disposiciones que prohibían la privatización de bancos públicos comerciales y las reglas que protegían a los ejidos, (que ahora pueden fraccionarse en parcelas individuales). Por último —observa Schneiderman— el Capítulo 11 del TLCAN ha afectado el régimen jurídico relativo a la expropiación,[37] y marca un abandono del modelo tradicional latinoamericano, en el que figuraba la cláusula Calvo: los nacionales extranjeros no podían reclamar una protección mayor en sus disputas con los Estados soberanos que los ciudadanos de esos Estados.[38]

III. El debate mexicano sobre el Capítulo 11 del TLCAN

La adopción del mecanismo del Capítulo 11 en el TLCAN suscitó en México una discusión acerca de su constitucionalidad y, en particular, en relación con la cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional, cuya fracción I de dicho artículo establece que:

> I. Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros, siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.

[37] Sostiene Schneiderman que el artículo 27 de la Constitución mexicana, base del intervencionismo del Estado en el mercado, se ha afectado: "The requirement to provide compensation has been ratcheted up, by statute, to reflect NAFTA's more stringent requirement of payment of full market value, in funds fully transferable, and immediately realizable. One member of Mexico's House of Representatives (Alfonso Rivera Domínguez) admitted during debate over this bill that the new compensation requirement had been precipitated by the NAFTA text and that negotiators regrettably had 'compromise [ed] *ex ante* the amendment we have before us today without informing the Mexican people…' What might be called constitution making through the back door is the subject of the next part." Schneiderman, David, "Property Rights and Regulatory Innovation: Comparing Constitutional Cultures", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 4, núm. 2, abril, 2006, p. 384.

[38] *Idem*.

Como se recordará, esta disposición se identifica con la doctrina Calvo, acuñada por el jurista argentino Carlos Calvo en el siglo XIX, que proponía dos principios básicos: el principio de no intervención entre los Estados, y el principio de estatus igual (y no especial o preferencial) para los inversionistas extranjeros. Su objetivo era evitar que los inversionistas extranjeros pasaran por encima de los tribunales nacionales del Estado anfitrión, invocando directamente la protección diplomática de sus gobiernos para resolver disputas relativas a sus inversiones y propiedades.

Ahora bien, regresando al debate, debemos recordar que para algunos, el mecanismo del Capítulo 11 era (y es) claramente inconstitucional. Por ejemplo, Sepúlveda explicó en su momento las razones históricas que habían hecho que México haya sido renuente en aceptar la jurisdicción internacional como un método para solucionar las diferencias con partes extranjeras, en particular con ciudadanos privados. Según Bernardo Sepúlveda, la experiencia histórica no ha sido muy positiva para nuestro país, en casos como el Fondo Piadoso de las Californias, o la Isla de la Pasión, lo cual explica que se fuera generando una doctrina que daba primacía a la jurisdicción nacional:

> La primacía de las leyes y tribunales domésticos es una de las expresiones necesarias de la soberanía. Sin embargo, el tema se ha convertido en controvertido porque los países que exportan capital han reclamado un sistema de excepciones que resultan en la remoción de los intereses extranjeros de la jurisdicción del orden jurídico nacional. Los abusos derivados de esta pretensión llevó a la creación de una tendencia política y jurídica de proteger la prioridad jerárquica de la jurisdicción nacional.[39]

La doctrina Calvo (incorporada en el artículo 27 de la Constitución bajo la llamada "cláusula Calvo"), surgió así para reafirmar la jurisdicción nacional y desacreditar la idea de que los extranjeros deben tener un trato diferente que los nacionales:

> Esta disposición constitucional ha producido una serie de importantes resultados en el curso de la historia de su aplicación. Una de las notas distintivas de esta norma constitucional es que los extranjeros se les dé los mismos derechos que a los mexicanos en cuanto a la adquisición de cierto tipo de activos y se les exige que se sometan, igual que los nacionales mexicanos, a las leyes y tribunales de México. Todos los individuos, sean nacionales o extranjeros, go-

39 Sepúlveda Amor, Bernardo, "International Law and National Sovereignty: The NAFTA and the Claims of Mexican Jurisdiction", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, p. 581.

> zan de las garantías de la Constitución, pero deben cumplir las obligaciones que emanan de ella: obedecer las leyes de México y someterse a sus tribunales. La regla contenida en el artículo 27, que reafirma la autoridad soberana del Estado, presupone la disponibilidad y existencia de una jurisdicción nacional capaz de resolver conflictos que se originan dentro de sus fronteras y relativas a las materias reguladas por esa norma. Esto es similar al principio general de derecho del agotamiento de los recursos locales como una ruta primaria para resolver las diferencias relativas a un extranjero.[40]

Asimismo, y en relación con esta lógica, es que en el derecho internacional ha prevalecido lo que Sepúlveda califica como la "regla de oro" de agotamiento de los recursos locales.[41] Sin embargo, y a pesar de todo lo anterior, para Sepúlveda, el TLCAN ha impuesto una camisa de fuerza al sistema jurídico mexicano, proponiendo considerar dos temas: uno, el trato discriminatorio que afecta a los nacionales mexicanos, resultante de que éstos no pueden resolver posibles controversias en temas de inversiones con las autoridades mexicanas por medio de arbitraje internacional. Para Sepúlveda, el Capítulo 11 del TLCAN da un trato privilegiado a los inversionistas extranjeros y con ello, el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros se viola.[42]

El segundo tema es el relativo a la derogación del orden jurídico nacional, ya que para Sepúlveda el Capítulo 11 del TLCAN sobre la protección a la inversión extranjera esencialmente elimina el deber de todos los individuos, cualquiera que sea su nacionalidad, de observar y respetar el sistema jurídico en México:

> Por tanto, el deber de los ciudadanos de someterse a las leyes y a los procedimientos judiciales en México es eliminado debido a la ilusión de la competencia del derecho mexicano de resolver ciertos tipos de controversias relativas al

---

[40] *Ibidem*, p. 582.

[41] *Ibid*em, p. 583.

[42] Bernardo Sepúlveda sostiene que el TLCAN obligó a una reconsideración de la esencia del artículo 27 constitucional y de los principios declarados en la Doctrina Calvo. "El TLCAN frustra uno de los aspectos de la doctrina Calvo —contenida en el artículo 27 y especificada tanto en derecho convencional como consuetudinario internacional— que exige a un extranjero agotar todas las vías jurídicas locales como prerrequisito para buscar remedios internacionales contra el Estado anfitrión. Este principio fue obviado por el establecimiento en el TLCAN de un procedimiento de arbitraje internacional para resolver controversias entre México e inversionistas canadienses o americanos. La ratificación del TLCAN, junto con la entrada en vigor de otros acuerdos que establecen la promoción y protección recíproca de las inversiones, ha introducido un elemento novedoso en el orden jurídico mexicano, cuyas consecuencias están todavía indeterminadas". *Ibidem*, p. 573.

> trato del capital extranjero. La regla general debe exigir la resolución de todas las controversias por los tribunales de México y asegurar que los nacionales y extranjeros gocen la extensión completa de garantías que la Constitución otorga, pero también que se sometan a las obligaciones que emanan de ella. Otorgar a los inversionistas extranjeros un régimen preferencial, removiéndoles efectivamente de la jurisdicción nacional cuando presenten demandas contra el Estado mexicano, disminuye la validez del orden jurídico de este país, o alternativamente, lo deroga para el beneficio de inversionistas extranjeros. El respeto y aplicación del sistema jurídico de un Estado es uno de los elementos esenciales de la soberanía, reconocido por el derecho internacional. La autoridad de ese orden jurídico depende del agotamiento de los procesos domésticos de apelación, otorgados por el sistema jurídico mexicano a todos los individuos, antes de que ese individuo busque otras apelaciones, tales como el llevar la disputa al arbitraje internacional.[43]

Para otros autores, en contraste, el TLCAN no conlleva una violación al artículo 27 constitucional. Daly, por ejemplo, ha sugerido que con la aceptación que México ha hecho del Capítulo 11 del TLCAN, se evita la interferencia política en la resolución de disputas, eliminándose así la necesidad de que un gobierno extranjero intervenga por medio de protección diplomática a sus nacionales inversionistas en México. Si esto es verdad —afirma— entonces con el TLCAN México ha reafirmado (y no abandonado) una de las premisas básicas de la doctrina Calvo: el principio de no intervención.[44]

Por su parte, Zamora observa que la doctrina Calvo se basa en dos nociones. Por un lado, como el principio de trato nacional incorporado en GATT y en TLCAN, la doctrina Calvo propone la igualdad de trato entre ciudadanos extranjeros y ciudadanos del país anfitrión. Pero a diferencia del concepto de trato nacional, sin embargo, la doctrina Calvo fue creada —dice Zamora— para atender el percibido favoritismo dado a los extranjeros, y no la discriminación contra ellos. En otras palabras, el propósito de la doctrina Calvo es poner a los extranjeros en el mismo grado que los nacionales, mientras que el propósito del trato nacional es elevarlos al grado de los nacionales. Por otro lado —sigue Zamora— la doctrina Calvo exige que los inversionistas extranjeros se sometan a las leyes nacionales del país anfitrión, y prohíbe la intervención del derecho del país del ciudadano extranjero o la intervención diplomática, o de cualquier tipo, del Estado extranjero en

[43] *Ibidem*, p. 589.

[44] Daly, Justine, "Has Mexico Crossed the Border on State Responsibility for Economic Injury to Aliens? Foreign Investment and the Calvo Clause in Mexico after NAFTA", *Saint Mary's Law Journal*, vol. 25, 1994, pp. 1182 y 1183.

protección de intereses extranjeros. Este concepto se basa en una extensión del principio de soberanía.[45]

En nuestra opinión, el mecanismo del Capítulo 11 no violenta la letra de la cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional. Consideramos que acudir a este mecanismo no significa invocar la protección del gobierno del inversionista extranjero. Es decir, los tribunales arbitrales del Capítulo 11 no son un gobierno o agentes de un gobierno. Son órganos de naturaleza difícilmente asimilable a las categorías tradicionales del Estado nacional, integrados por personas que, en principio, actúan como entes privados.

Sin embargo, considero que el mecanismo sí crea un trato desigual entre inversionistas nacionales e inversionistas extranjeros (contrariando con ello el espíritu de la cláusula Calvo). Por un lado, crea un estándar especial respecto del derecho de propiedad y su protección en relación con el poder de expropiación del Estado, y por otro lado, crea un mecanismo de protección y garantía no disponible para los inversionistas mexicanos en México. Asimismo, considero que esta circunstancia no es compatible con la letra y espíritu del artículo 1o. de la Constitución mexicana.

IV. La Corte Constitucional de Colombia ante los tribunales bilaterales de inversión: el caso C-358/96

Resulta interesante hacer alusión a la sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-358/96, calificada por Schneiderman como un intento de resistencia a las demandas de la globalización económica, como resultado de un conflicto entre la regla de expropiación de la Constitución colombiana y las reglas del tratado bilateral de inversión suscrito entre Colombia y el Reino Unido en 1994.[46]

El tratado fue aprobado, por medio de la ley 246/95, éste se presentó a la Corte Constitucional de Colombia para ejercer la función que le atañe, conforme al párrafo 10 del artículo 241 de la Constitución de dicho país, según el cual corresponde a la Corte:

---

[45] Zamora, Stephen, "Allocating Legislative Competence in the Americas: the Early Experience Under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, núm. 3, 1997, pp. 622 y 623.

[46] El referido tratado contiene un estándar estricto de compensación "Fórmula Hull", que ha sido sostenido por los EE.UU. como el estándar requerido por el derecho internacional y que también se ve reflejado en el Capítulo 11 del TLCAN. Schneiderman, "Constitutional Approaches…", *cit.*, pp. 106-108.

> 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el obierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un tratado multilateral sean declaradas inexequibles por la Corte Constitucional, el presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva.

Como puede verse, se trata de un procedimiento previo de revisión de la constitucionalidad del tratado internacional. En su examen del tratado, la Corte encontró que había una contradicción entre éste y el inciso 6 del artículo 58 de la Constitución colombiana, que a la letra disponía: "...el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar al pago de indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara".

Por su parte, el artículo 6 del tratado dispone que:

> 1. Las inversiones de nacionales o compañías de cualquiera de las partes contratantes no serán sometidas, en el territorio de la otra parte contratante, a:
> ...
> b) Cualquier otra forma de expropiación o medidas que tengan un efecto equivalente, salvo que cualquiera de esas medidas se realicen de acuerdo con la ley, de manera no discriminatoria por motivos de utilidad pública o interés social relacionadas con las necesidades internas de esa parte y con una compensación pronta, adecuada y efectiva.

Para la mayoría de la Corte,[47] resultaba evidente que el tratado prohibía una forma de expropiación que el artículo 58 de la Carta expresamente autorizaba. Luego, podía calificarse como inconstitucional.

Por otro lado, la mayoría de la Corte encontró que el tratado implicaba una transgresión del artículo 13 de la Constitución, por el tratamiento discriminatorio que se derivaría de convalidar la restricción contenida en el literal b) (número 1) del artículo 6 del tratado. Dicho artículo dispone que:

> Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica...

---

[47] El caso fue resuelto por una mayoría de seis magistrados contra tres.

Para la mayoría de la Corte, resultaba indudable que de aceptarse como válida la restricción contenida en el tratado,

> …se estaría avalando un trato diferente (discriminatorio), preferente para los nacionales y las empresas originarias del Estado que con Colombia suscribe el Tratado y, consecuencialmente, más gravoso para las personas y empresas de otros países y, además, específicamente, para los nacionales colombianos.
>
> Tal trato discriminatorio no es posible escamotearlo ni siquiera arguyendo que la igualdad debe ser analizada en relación con el trato acordado en Colombia para los súbditos del Reino Unido, y el acordado allí para los colombianos. Porque la reciprocidad pactada no puede equipararse, y mucho menos subrogarse, al principio de igualdad.
>
> Del principio de reciprocidad lo que se deriva es el deber de cada uno de los Estados signatarios de dar a los súbditos del otro (en una materia específica) un tratamiento igual. Pero el trato recíproco acordado entre los Estados ligados por el convenio, deja indemne el régimen más gravoso que, correlativamente, queda consagrado en el ordenamiento doméstico para los propios nacionales y para los extranjeros originarios de países diferentes al cotratante.
>
> Porque si se arguye que un nacional colombiano, que sí puede ser expropiado en las condiciones previstas en el inciso 5 del artículo 58, puede reivindicar su derecho a la igualdad si resuelve invertir en el Reino Unido, puede ponerse de manifiesto una nueva y protuberante desigualdad: la que se establece entre los nacionales colombianos que tienen capacidad de invertir en la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y los que no la tienen. La reciprocidad, pues, tan deseable como principio rector de los pactos internacionales, tiene operatividad en un ámbito muy diferente a aquél en que opera el principio de igualdad y por esa poderosa razón tales principios no son intercambiables. Son sí, plausibles, ambos, en las respectivas esferas que uno y otro están llamados a regir.[48]

Pero la decisión de la Corte en este caso no fue unánime. Los magistrados disidentes emitieron un voto particular que se sustentó en dos argumentos. Según el primero, había que tomar en cuenta que los extranjeros no tenían participación alguna en la integración del Congreso colombiano, que a su vez era el órgano al que le correspondía, en su caso, adoptar la determinación de expropiar conforme al inciso 6 del artículo 58 de la Constitución colombiana:

> Sin embargo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 4o. de la Constitución, tienen la obligación de acatar la decisión expropiatoria con la misma intensi-

48 Véase sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-358/96.

dad con que deben hacerlo los nacionales colombianos. Una recta comprensión del principio de igualdad (C.P., artículo 13) permitiría, por lo menos, preguntarse si esta diferencia entre extranjeros y nacionales colombianos, en punto al ejercicio de los derechos políticos, ameritaría una diferencia de trato que apuntara a igualar a los dos grupos, en caso de adoptarse medidas estatales de índole política que los afectaran con la misma intensidad.

En segundo término, los magistrados de la minoría desarrollaron una argumentación que identificaron bajo el rubro de: "La globalización e internacionalización de las relaciones económicas y la inserción de Colombia en los mercados internacionales: hacia una nueva concepción de la soberanía". En este sentido, en el voto particular se señaló que la Asamblea Nacional Constituyente había tomado en cuenta las circunstancias económicas del mundo y en particular la necesidad de atraer capitales a Colombia, lo cual requería de instituciones jurídicas sólidas y eficaces. Asimismo, se aludió al artículo 226 de la Constitución colombiana (deber de promover la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional) a partir del cual podía derivarse el deber de "…adelantar la interpretación constitucional de materias como la que correspondió examinar en este asunto a la Corte, de conformidad con criterios integradores y sistemáticos y atendiendo a la naturaleza de las cosas a las que corresponde el asunto regulado por la disposición legal en cuestión".

Después de aludir a la globalización, a la internacionalización de los sistemas económicos y la consecuente necesidad de una "nueva concepción de la soberanía estatal, cuya defensa se traduce en mecanismos completamente distintos a los utilizados por el viejo Estado nación",[49] consideró que la Constitución colombiana de 1991 no era ajena a los planteamientos anteriores y que por ello adoptaba una clara decisión política básica a

[49] "En la actualidad, la soberanía estatal debe ser entendida como una forma particular de "estar en el mundo", como una manera especial de defender los intereses nacionales que permita el desarrollo económico y el logro de cada vez mayores índices de bienestar y calidad de vida de la población. En la presente hora del desarrollo mundial, la prosperidad económica sólo puede alcanzarse a través de estrategias claras de conquista de mercados, de atracción, protección y promoción de las inversiones extranjeras y de inserción en los mercados internacionales. El proteccionismo a ultranza y las políticas tendentes a disuadir la inversión extranjera, implementados con la intención de defender la soberanía e intereses nacionales, se convierten en instrumentos contraproducentes que tienden al aumento de la pobreza y al deterioro de los niveles internos de bienestar social. En suma, la soberanía sólo puede defenderse a cabalidad a través de una política económica que concilie los intereses y necesidades nacionales con la tendencia ineludible hacia la internacionalización de las economías." Voto particular, Sentencia de la Corte Constitucional colombiana C-358/96.

favor de la integración económica del país en los mercados mundiales y la internacionalización de las relaciones económicas del Estado colombiano, lo cual incluía el régimen de inversión extranjera (citó el Preámbulo de la Constitución, así como sus artículos 9o., 150-16, 226 y 227). Para la minoría de los magistrados el artículo 226 habilitaba al órgano constitucionalmente responsable de las relaciones internacionales, en el marco de la propia Constitución, a adoptar las decisiones que estimara racional y equitativamente convenientes para la nación:

> En todo caso fundadas en juicios de orden político y económico en los que se ponderen, evalúen y examinen los diversos elementos objetivos que componen estas relaciones ante la diversidad de configuraciones que pueden adoptar contemporáneamente y en las que se promueva la mencionada internacionalización de las relaciones económicas y políticas y se eviten soluciones y disposiciones dañinas e inicuas.

En este sentido, consideraron que:

> En efecto, por virtud de lo establecido en la mencionada norma constitucional, el examen en equidad y la interpretación sobre bases de equidad de las condiciones de un tipo específico de relaciones políticas o económicas de relevancia normativa entre Colombia y otros estados, no sólo pueden ser precedentes a la decisión de política internacional, sino que, en el caso de la internacionalización de las relaciones a las que se refiere el artículo 226 de la Carta Política y a partir de 1991, la pueden fundamentar externamente y sirven para adoptar una regla recíproca de conveniencia nacional como la de garantizar la indemnización en caso de expropiación de inversiones de súbditos de los estados parte.
>
> Como queda visto, el Constituyente de 1991 de manera expresa y sin duda facultó al Estado colombiano para definir por razones de equidad y en tratados internacionales las reglas específicas para promover entre otros fines las relaciones económicas y políticas con otros Estados siempre que se trate de reglas reciprocas y de conveniencia nacional; dentro de estas regulaciones de rango constitucional y por medio de tratados internacionales, bien podía el Estado colombiano comprometerse a no expropiar sin indemnización por razones de equidad determinado grupo o tipo de inversiones extranjeras o las inversiones de los súbditos de otro Estado o nación amiga previamente determinados y durante un término, pues en última instancia se trata del ejercicio de la misma competencia de decidir sobre la expropiación con fundamento en razones generales pero cuyo contenido se construye a partir de juicios o criterios de equidad. Sin duda, como corresponde al legislador la definición positiva del ejercicio de la competencia de decretar la mencionada

expropiación por razones de equidad por un procedimiento en el que se exige una mayoría calificada para su aprobación, bien puede el mismo legislador aprobar una disposición legal de la categoría de un tratado internacional en la que el Estado por el mismo tipo de razones de equidad se comprometa a no decretarla en un determinado caso o para un determinado grupo de súbditos y durante un término definido en desarrollo de la política del Estado de internacionalizar las relaciones económicas.

Por lo anterior, los magistrados disidentes consideraron que la decisión adoptada por la Corte, en el proceso de la referencia, se convertía en un elemento disuasivo para la presencia de inversiones internacionales en Colombia, que además podía llegar a tener una incidencia negativa en el desarrollo y bienestar económico del país.

Por último, debemos mencionar que esta historia termina con una adaptación de la Constitución colombiana a los tratados bilaterales de inversión: en agosto de 1999 la regla de expropiación de Colombia se cambió, a partir de lo cual ya no se permite expropiación sin compensación. Según Schneiderman, esto da un ejemplo del "constitucionalismo neo-liberal disciplinando el texto constitucional doméstico: la interferencia con la propiedad privada y los derechos de los inversionistas está simplemente más allá de los límites de la aceptabilidad."[50]

V. El caso Metalclad *vs*. Estados Unidos Mexicanos

El primer caso en el que un inversionista extranjero demandó al Estado mexicano en el marco del Capítulo 11 del TLCAN, fue el instaurado por Metalclad Corporation, en relación con una inversión realizada en el estado de San Luis Potosí. Como se verá a partir de la reseña del caso que presentamos a continuación, existen diversos temas que exigen una reflexión profunda desde la perspectiva del derecho constitucional. En especial, es importante examinar el caso puesto que, como indica Miguel Rábago, en relación con el mismo se dictó el primer y único laudo contra México en el contexto del artículo 1110 del Capítulo 11, por lo que es el más importante para definir los alcances de la definición de la expropiación en el TLCAN para México.[51]

50 Schneiderman, "Constitutional Approaches…", *cit*., pp. 107 y 108.

51 Rábago Dorbecker, Miguel, "El Régimen constitucional y legal de la expropiación en México en el ámbito nacional e internacional: ¿génesis de un doble estándar o convergencia de criterios?", en Serna, José Ma. (coord.), *Derecho comparado Asia-México*, México, UNAM, 2007, p. 462.

A inicios de la década de los noventa del siglo pasado, la empresa norteamericana Metalclad Corporation, dedicada al manejo y confinamiento de residuos peligrosos, inició una serie de actividades dirigidas a adquirir, desarrollar y operar una estación de transferencia y confinamiento de residuos peligrosos en el valle de La Pedrera, en el municipio de Guadalcázar, estado de San Luis Potosí, mediante la compra de la sociedad mexicana Confinamiento Técnico de Residuos Industriales, S.A. de C.V. (Coterin).

En 1990 el gobierno federal mexicano autorizó a Coterin la construcción y operación de la referida planta. Después, en enero de 1993, el Instituto Nacional de Ecología otorgó a Coterin un permiso federal para la construcción del confinamiento. Y en abril de 1993 Metalclad concluyó el contrato de opción a 6 meses para la compra de Coterin y de sus permisos. Asimismo, en mayo del mismo año el gobierno de San Luis Potosí otorgó a Coterin un permiso estatal de uso de suelo para la construcción del confinamiento. En septiembre de 1993, y después de una serie de reuniones sucesivas con autoridades federales y estatales (incluyendo al gobernador de San Luis Potosí), Metalclad, ejerció su opción y compró Coterin, el sitio de confinamiento y los respectivos permisos. En abril de 1994 inició la construcción del confinamiento, con conocimiento e inspecciones por parte de autoridades federales y estatales, pero sin contar con el permiso municipal de construcción.[52]

El 26 de octubre de 1994, el Municipio de Guadalcázar ordenó el cese de toda actividad en el sitio, debido a la falta del permiso municipal de construcción. Ante esto, Metalclad solicitó el permiso respectivo, y reanudó la construcción, misma que terminó en marzo de 1995. Sin embargo, la inauguración del confinamiento fue impedida por manifestaciones y bloqueos.

Se entabló así una serie de negociaciones entre Metalclad y autoridades federales, quienes finalmente suscribieron un convenio de concertación que establecía y permitía la operación del confinamiento. Sin embargo, el gobernador de San Luis Potosí desconoció el convenio, mientras que el municipio entabló un juicio de amparo en contra de él, el cual fue desechado por improcedente, en razón de que el municipio —se adujo— no es titular de garantías individuales.[53] Sin embargo, en lo que se decretaba la resolución,

[52] Azuela señala que Metalclad dio este paso a sabiendas de la oposición que la población y autoridades del municipio de Guadalcázar contra el proyecto. Azuela, Antonio, "Olor a nafta: El caso Metalclad y la nueva geografía del derecho mexicano", en Caballero Juárez, José Antonio *et al.*, *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados, Volumen I*: *globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, México, UNAM, 2010.

[53] González Oropeza ha señalado que si bien formalmente, la tesis de que los municipios no gozan de garantías individuales es correcta, el artículo 103 constitucional omite incluir al

el municipio obtuvo una suspensión relativa al convenio, lo que en la práctica significaba que el confinamiento no podía operar (y los jueces federales tardaron más de cuatro años en resolver el amparo).[54] Posteriormente, el 5 de diciembre de 1995, esto es, trece meses después de que Metalclad presentara su solicitud del permiso municipal de construcción, éste fue negado.

Finalmente, el 23 de septiembre de 1997, el gobernador de San Luis Potosí, emitió un decreto ecológico declarando un área natural para la protección de una especie de cactus (expedido tres días antes de que terminara su período de gobierno), que abarcaba el área del confinamiento. La consecuencia del decreto no era otra que impedir la operación y funcionamiento del confinamiento.

Ante estos hechos, Metalclad decidió recurrir al mecanismo del Capítulo XI del TLCAN, y con ello sacó el conflicto de la jurisdicción nacional.[55] En su demanda, Metalclad alegó que los Estados Unidos Mexicanos, por medio de sus gobiernos locales de San Luis Potosí y Guadalcázar, interfirieron en el desarrollo y operación de su confinamiento de residuos peligrosos, lo cual constituía una violación de las disposiciones del Capítulo XI sobre inversión del TLCAN. En particular, Metalclad alegó violaciones al (i) artículo 1105 del TLCAN, que dispone que cada parte en el TLCAN "[otorgue] a las inversiones de inversionistas de otra parte, trato acorde con el derecho internacional, incluido trato justo y equitativo, así como protección y seguridad plenas", y al (ii) artículo 1110, que estipula que:

> Ninguna de las partes podrá nacionalizar ni expropiar, directa o indirectamente, una inversión de un inversionista de otra parte en su territorio, ni adoptar

---

municipio como parte afectada por leyes o actos de las autoridades federales y estatales. Y a pesar de que exista la controversia constitucional, la naturaleza de esta permite la defensa del ámbito de competencias que corresponden al municipio, pero no por la afectación proveniente de actos de autoridad federales o estatales, como el permiso de construcción, que infringen las facultades propias del municipio. Concluye el autor que debiera reformarse las fracciones II y III del 103 constitucional, para incluir a los municipios. González Oropeza, Manuel, "Los municipios mexicanos y el libre comercio, el caso de Metalclad", *Suplemento: SCLC/Estudios Jurídicos y Políticos*, núm. 4, julio-diciembre, UNACH, 2006, pp. 5 y 6.

[54] Así lo informa Azuela, Antonio, "Olor a nafta: El caso Metalclad y la nueva geografía del derecho mexicano", en Caballero Juárez, José Antonio *et al.*, *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, vol. I: Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica, México, UNAM, 2010, p. 5.

[55] Esta posibilidad de desplazamiento de un conflicto del espacio jurídico nacional, al espacio jurídico de América del Norte, es lo que Azuela denomina una "nueva geografía" del derecho mexicano. Ésta fue la primera vez, dice Azuela, que el Estado mexicano se veía en la necesidad de justificar el ejercicio del poder público sobre una empresa en el contexto institucional del TLCAN. Azuela, *op. cit.*, p. 19.

> ninguna medida equivalente a la expropiación o nacionalización de esa inversión (expropiación), salvo que sea: (a) por causa de utilidad pública; (b) sobre bases no discriminatorias; (c) con apego al principio de legalidad y al artículo 1105(1), y (d) mediante indemnización conforme a los párrafos 2 a 6.[56]

Por así permitirlo las normas del Capítulo 11, las partes seleccionaron Vancouver como el sitio del arbitraje (lo cual es relevante, puesto que, como se verá, ello implicaba que en caso de que alguna de las partes decidiera solicitar la revisión del laudo del tribunal arbitral, la revisión se realizaría por los tribunales del sitio del arbitraje, y conforme a las leyes de éste). Eventualmente, el tribunal arbitral quedó integrado con un panelista de cada uno de los países del TLCAN.

El tribunal arbitral del Capítulo 11 del TLCAN hizo las siguientes consideraciones:[57]

1. Los actos de las entidades territoriales se consideran como actos del Estado mexicano. En este sentido, el propio TLCAN establece en su artículo 105, relativo a la "Extensión de las obligaciones", lo siguiente:

> Las partes procurarán la adopción de todas las medidas necesarias para dar eficacia a las disposiciones de este tratado, en particular para su observancia por los gobiernos estatales y provinciales, salvo que en este Tratado se disponga otra cosa.

Mientras que el artículo 201.2 del TLCAN dispone que: "2. Para efectos de este tratado, toda referencia a Estados o provincias incluye a los gobiernos locales de estos Estados o provincias, salvo que se especifique otra cosa".

Por tanto, no podía caber duda de que el Estado mexicano, representado por el gobierno federal, respondía por los actos de los gobiernos estatales y municipales que violentaran el TLCAN.

2. El municipio de Guadalcázar no estaba constitucionalmente facultado para negar u otorgar permisos de construcción basado en consideraciones de impacto ambiental.

En este tema, el tribunal arbitral reconoció que, efectivamente, según el artículo 115, fracción V de la Constitución mexicana el municipio tiene

[56] En su demanda ante el panel binacional de Capítulo 11, Metalclad también afirmó que los gobiernos estatal y municipal habían participado, en parte al menos, en la organización de las manifestaciones y bloqueos que afectaron la inauguración del confinamiento.

[57] Metalclad *vs.* Estados Unidos Mexicanos, laudo de 30 de agosto de 2000. Disponible en: *www.rmalc.org.mx/CIADI/mm-award-s.pdf.*

facultades para "…otorgar licencias y permisos de construcción, y participar en la creación y administración de zonas de reservas ecológicas…" Sin embargo, esto incluía como facultades del municipio únicamente el manejo de permisos de construcción, puesto que la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente de 1988 (LGEEPA) expresamente otorga a la Federación la facultad de autorizar la construcción y operación de confinamientos de residuos peligrosos.

Así, el artículo 5 de la LGEEPA establece que es facultad de la Federación:

> V. La regulación y el control de las actividades consideradas como altamente riesgosas, y de la generación, manejo y disposición final de materiales y residuos peligrosos para el ambiente o los ecosistemas, así como para la preservación de los recursos naturales, de conformidad con esta Ley, otros ordenamientos aplicables y sus disposiciones reglamentarias.

Por otro lado, el tribunal arbitral consideró que del artículo 8 de la LGEEP se desprendían limitaciones a las facultades del municipio en materia de medio ambiente a aquello relativo a residuos no peligrosos; mientras que el artículo 7 de la propia ley limitaba las facultades del Estado en materia de medio ambiente a aquéllas no expresamente otorgadas al gobierno federal.

Por lo tanto, la negativa del municipio a otorgar el permiso haciendo referencia a consideraciones de impacto ambiental sobre lo que era básicamente un confinamiento de disposición de residuos peligrosos, había sido inadecuada, como lo fue también su negativa para otorgar un permiso por cualquier razón que no fuera otra que alguna relacionada con la construcción física o defectos del sitio.

Con base en lo anterior, el tribunal arbitral consideró que se había dejado creer a Metalclad, que los permisos federales y estatales le permitían la construcción y operación del confinamiento, y basándose en afirmaciones del gobierno federal, Metalclad había iniciado la construcción del confinamiento, de manera abierta y continuada, y con el conocimiento total de los gobiernos federal, estatal y municipal, hasta la "Orden de Clausura" del 26 de octubre de 1994 (orden que se fundamentó en la falta de obtención por parte de Metalclad de un permiso municipal de construcción.) Para el tribunal, ello significaba que Metalclad no había sido tratado justa y equitativamente de acuerdo con el artículo 1105 (trato mínimo) del TLCAN.

En este sentido, el tribunal arbitral consideró que las acciones de las autoridades mexicanas en el caso, debían analizarse a la luz del principio

de transparencia del Capítulo 18 del TLCAN, el cual se veía violentado en virtud de la inexistencia de reglas claras y de prácticas que definieran si Metalclad tenía o no que obtener el permiso municipal de construcción para construir el confinamiento en San Luis Potosí. Además, dicho principio de transparencia se había violado en el caso, porque autoridades federales y estatales le habían hecho creer a Metalclad que el permiso no era requerido y, finalmente, porque el municipio de Guadalcázar había fallado en su obligación de una regulación transparente, al no notificar adecuadamente a Metalclad y no dar razones adecuadas y creíbles para negar el permiso. En el laudo correspondiente se puede leer lo siguiente:

> 99. México no cumplió con asegurar un marco transparente y previsible para la planeación del negocio e inversión de Metalclad. Estas circunstancias en su totalidad demuestran una falta de orden en el proceso y disposición en tiempo en relación con un inversionista de una parte que actuó con la expectativa de que recibiría un trato justo y equitativo de conformidad con el TLCAN.
>
> 100. Más aún, los actos del Estado y del municipio —y por lo tanto actos de México— incumplieron con o no fueron conformes a los requerimientos del artículo 1105(1) del TLCAN, en el sentido de que cada parte otorga a las inversiones de los inversionistas de la otra parte un trato acorde con el derecho internacional, incluyendo un trato justo y equitativo. Esto es así especialmente a la luz del principio aplicable de que el derecho interno (tales como los requerimientos establecidos para el permiso del municipio) no justifican el incumplimiento de una obligación de un tratado. (Artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).[58]

3. En cuanto al tema de la expropiación, el tribunal arbitral consideró que el TLCAN incluía no sólo la confiscación de la propiedad de manera abierta, deliberada y con conocimiento de causa, sino también una interferencia disimulada o incidental del uso de la propiedad que tuviese el efecto de privar, totalmente o en parte significativa, al propietario del uso o del beneficio económico que razonablemente se esperaría de la propiedad, aunque no necesariamente en beneficio obvio del Estado receptor. En este tema, consideró el tribunal arbitral que:

> 104. Al permitir o tolerar la conducta de Guadalcázar en relación con Metalclad, que el Tribunal ya sostuvo que equivale a un trato injusto e inequitativo violando el artículo 1105, y por lo tanto, participando en o admitiendo la denegación del derecho de Metalclad para operar el confinamiento, sin

[58] *Idem.*

> importar el hecho de que el proyecto había sido completamente aprobado y respaldado por el gobierno federal, tiene que interpretarse en el sentido de que México adoptó una medida equivalente a una expropiación, violando así el artículo 1110(1) del TLCAN.[59]

En conclusión, el Tribunal sostuvo que México había expropiado indirectamente la inversión de Metalclad, sin pagar a esta última una indemnización por la expropiación, por lo cual, México había violado el artículo 1110 del TLCAN.

4. Por último, el tribunal arbitral procedió a realizar la cuantificación de los daños y determinación de la indemnización con base en el "valor justo de mercado" de la inversión real de Metalclad en el proyecto. Así, México fue condenado a pagar a Metalclad la suma de US $16,685,000.00 dentro de los 45 días posteriores a la emisión del laudo, y transcurrido dicho plazo, se acumularía un interés compuesto de 6% mensual sobre esa suma o cualquier parte de ella que permaneciera insoluta.

México demandó la nulidad del laudo alegando, entre otras cosas, errores de derecho que podrían anular el laudo conforme a la legislación del foro del arbitraje. Cabe recordar que en razón de que el arbitraje se había realizado según las Reglas del Mecanismo Complementario de ICSID, los tribunales domésticos podían revisar el laudo del tribunal arbitral. Es decir, bajo estas reglas, una parte puede pedir a los tribunales del lugar del arbitraje, que anule el laudo por violaciones a la legislación sobre arbitraje del foro. En este caso, Vancouver había sido escogida como el sitio del arbitraje, por lo que la revisión del laudo correspondió a un tribunal de la Columbia Británica, conforme a las leyes de dicha provincia canadiense (en el caso, la Ley de Arbitraje Internacional de Columbia Británica, *International Arbitration Commercial Act*). Esencialmente, y con base en disposiciones de dicha legislación, México alegó que el tribunal arbitral había ido más allá de su competencia y que había incurrido en violaciones a política pública de Columbia Británica.

Ahora bien, aplicando normas y estándares del sistema jurídico de Columbia Británica, la sentencia del tribunal canadiense de 2 de mayo de 2001, determinó que el panel arbitral había ido más allá del alcance permitido por el acuerdo de someterse a arbitraje contenido en el Capítulo 11 del TLCAN.[60] En esencia, el juez Tysoe señaló en su sentencia que el "exceso de

---

[59] *Idem*.

[60] Señala Azuela que lo que el juez canadiense estaba tratando de hacer era "acotar, desde la lógica del Estado nacional, el alcance de las decisiones de un tribunal supranacional. Es por eso que llegaba a la conclusión de que dicho tribunal arbitral había excedido el

jurisdicción" había consistido en que el tribunal arbitral había interpretado erróneamente el artículo 1105 del TLCAN, al considerar incluidas dentro de éste obligaciones de transparencia, y basar su decisión en tal concepto de transparencia. El juez Tysoe expresó:

> México ha fallado en asegurar un marco transparente y predecible para la planeación empresarial e inversión de Metalclad. De ahí, el Tribunal tomó su decisión sobre la base de la transparencia. Ésta era una materia más allá del alcance de la sujeción a arbitraje porque no hay obligaciones de transparencia contenidas en el Capítulo 11.[61]

Asimismo, el juez Tysoe consideró que no había evidencia de una violación al artículo 1110 del TLCAN por parte de los actos anteriores al decreto ecológico emitido por el gobernador de San Luis Potosí. Sin embargo, estimó que la determinación del tribunal arbitral en el sentido de que México había expropiado la inversión y propiedades de Metalclad por medio de dicho decreto, no era "evidentemente irracional" (*patently unreasonable*) y que se sostenía por sí misma, al no estar basada en la falta de transparencia o en una violación al artículo 1105. Es decir, aplicando los criterios del sistema jurídico canadiense, el juez de Columbia Británica determinó que a menos que fuera "evidentemente irracional", él no estaba facultado para sustituir el laudo del tribunal arbitral que conoció del caso Metalclad *vs.* México:

> 99. El Tribunal dio una definición extremadamente amplia de expropiación para los propósitos del artículo 1110. Además de la más convencional noción de expropiación que implica la toma de propiedad, el Tribunal determinó que la expropiación bajo el TLCAN incluye interferencias encubiertas o incidentales sobre el uso de la propiedad que tenga el efecto de privar al propietario, en todo o en una parte significativa, del uso o el beneficio económico que razonablemente se puede esperar de la propiedad. Esta definición es suficientemente amplia para incluir la legítima redefinición del uso de suelo por parte de un municipio u otra autoridad con facultad para hacerlo. Sin embargo, la definición de expropiación es una cuestión de derecho con la que este Tribunal no está facultado para interferir bajo el *International Comercial Arbitration Act*.

alcance del TLC al hacer juicios sobre la licencia municipal. Es decir, que no tenía por qué juzgar el modo en que se ejercen las atribuciones locales en alguno de los países miembros del tratado". Azuela, *op. cit.*, p. 52.

[61] Véase sentencia del juez Tysoe, 2 de mayo de 2001, disponible en *http://www.economia-snci.gob.mx/sphp_pages/importa/sol_contro/consultoria/*.

> 100. El Tribunal revisó los términos del decreto ecológico y concluyó que había en efecto impedido para siempre la operación del confinamiento de Metalclad y constituía un acto equivalente a la expropiación. Hizo referencia al artículo 9o. del decreto, que exige que todas las actividades en el área estén sujetas a los lineamientos establecidos por el plan de administración para asegurar la conservación ecológica de la reserva de cactus. El Tribunal también hizo referencia al artículo 14 del decreto, que prohíbe la derrama o descarga de agentes contaminantes en el suelo, subsuelo o agua del área de reserva. En mi opinión, la conclusión del Tribunal en el sentido de que la expedición del decreto era un acto equivalente a la expropiación no es evidentemente irracional.

Por otro lado, resulta relevante destacar en este análisis el punto problemático relativo al carácter "comercial" o "público" de los estándares y criterios que la Suprema Corte de Columbia Británica habría de aplicar al resolver la revisión solicitada. El tema se relaciona con la discusión que arriba revisamos acerca de la penetración en la esfera pública del modelo de arbitraje privado contenido en los tratados bilaterales de inversión.

Como se puede ver en su sentencia, el juez Tysoe consideró que el laudo debía ser juzgado con los estándares limitados que se aplican a un laudo arbitral que surge de una disputa privada entre las partes de un contrato comercial. De ahí deriva el criterio de *patently unreasonable* que aplicó para valorar el decreto expropiatorio del gobernador de San Luis Potosí arriba referido. Su razonamiento fue el siguiente:

> La ley aplicable para revisar el laudo era la International Comercial Arbitration Act (ICAA), según la cual un arbitraje es "comercial" si surge a partir de una serie de relaciones que enlista el artículo 1(6) de dicha ley, entre las cuales se incluye la "inversión" (inciso (p)), a pesar de que no exista una relación contractual. Siendo esto así, los estándares de revisión son los de la ICAA.

Los estándares de dicha ley aplicables al caso están limitados a los siguientes:

a. Que el laudo verse sobre una disputa que no esté contemplada o no entre en los términos de la sumisión al arbitraje, o que contenga decisiones sobre materias que vayan más allá del alcance de la sumisión al arbitraje, o
b. Que la composición del tribunal del arbitraje o el procedimiento de arbitraje no esté de acuerdo con el convenio de las partes.

c. Que el laudo entre en conflicto con la política pública de Columbia Británica.

Por otra parte, el juez Tysoe aludió en su razonamiento al caso Quintette Coal Limited *vs.* Nippn Steel Corporation (1991), como precedente judicial relevante, del cual se desprende un principio general de deferencia y de intervención judicial mínima en la revisión de laudos arbitrales de comercio internacional.

Cabe añadir que el juez Tysoe también empleó la doctrina del error "evidentemente irracional", puesto que México lo invocó, argumentando que podía ser visto como una variedad el concepto de "exceso de jurisdicción" contenido en la ICAA o bien como un factor independiente para determinar una anulación del laudo por ser contrario a la política pública de Columbia Británica.

En suma, todos estos son criterios derivados de la consideración de la disputa como una controversia "comercial" a la que se aplicarían los criterios de revisión limitados de la ley aplicable al caso, es decir, la ICAA.

Ahora bien, el gobierno de Canadá, por medio del abogado general, decidió intervenir en el procedimiento, en razón de la relevancia que el TLCAN y su interpretación tiene para el país y para los futuros litigios. En el escrito que para el efecto presentara, el abogado general consideró —a diferencia de Tysoe— que el estándar a utilizar debía ser la "perspectiva pragmática y funcional", desarrollada por la Suprema Corte de Canadá para revisar decisiones de tribunales administrativos domésticos.[62]

En efecto, entre los puntos principales de su intervención, el abogado general sostuvo que las disputas de Capítulo 11 no eran de arbitraje comercial privado, lo cual a su vez debía tener un reflejo en la selección del estándar de revisión adecuado, que no era otro que la "perspectiva pragmática y funcional" de la Suprema Corte de Canadá. El conflicto era inherentemente de naturaleza pública, pues estaban sujetas a revisión medidas públicas. Se trataba de valorar actos legislativos y administrativos que tienen que ver con temas de salud pública y medio ambiente, y no comerciales.

[62] Supreme Court of British Columbia, "In the Matter of an Arbitration Pursuant to Chapter Eleven of the North American Free Trade Agreement ("NAFTA") Between Metaclad Corporation and the United Mexican States, ICSID Additional Facility Case núm. ARB(AF)/97/1. Documento disponible en: *http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB65/metmexa.pdf*.

El abogado general identificó diferencias entre arbitraje privado y el arbitraje del Capítulo 11 del TLCAN:

a. Los derechos de los inversionistas derivan de un acuerdo internacional entre tres Estados partes, pero ellos no son parte en el TLCAN. Esto tiene un impacto en contra de la confidencialidad de los procedimientos dentro del arbitraje. Los inversionistas no tienen un derecho a la privacidad dentro del mismo. No hay una vinculación contractual entre las partes de la disputa ni un convenio arbitral entre ellos.
b. Las partes en los procedimientos del Capítulo 11 no se limita a las partes en disputa, como sucede en el arbitraje comercial privado, como se deriva de los artículos 1127, 1128 y 1129 del TLCAN.
c. Varios aspectos del arbitraje del Capítulo 11 son públicos:

- El resultado puede tener interés para el público en general; hay o puede haber un interés público involucrado.
- No hay una regla en el TLCAN que prohíba la publicidad o la apertura en relación con los procedimientos arbitrales.
- Las partes no están sujetas a una regla general de confidencialidad, como en el caso del arbitraje privado.
- Se permite la participación de personas que no son parte, por medio del *amicus curiae*.
- El hecho de que el propio TLCAN tenga que establecer expresamente que las reclamaciones de Capítulo 11 se considerarán como surgidas de una relación u operación comercial (para efectos de su ejecución por vía de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras o la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, celebrada en Panamá el 30 de enero de 1975), prueba que las disputas que implican actos legislativos o administrativos de los Estados no son "comerciales".[63]

Por estas razones —consideró el abogado general— los criterios de revisión debían ser más amplios, tal como los que se desprenden de la "pers-

[63] Artículo 1136.7 del TLCAN: "7. Para los efectos del artículo I de la Convención de Nueva York y del artículo I de la Convención Interamericana, se considerará que la reclamación que se somete a arbitraje conforme a esta sección, surge de una relación u operación comercial".

pectiva pragmática y funcional", la cual toma en cuenta elementos como los siguientes: la presencia o ausencia de una *privative clause*;[64] la pericia técnica (*expertise*) relativa del tribunal, en comparación con la de la Suprema Corte; la naturaleza de la decisión que debe tomarse (si es una cuestión de derecho o de hecho); si la decisión por adoptarse es "policéntrica" (esto es, que necesariamente implica la consideración de temas en conflicto y multifacéticos), y el propósito de la disposición y los instrumentos legales.

En suma, a juicio del abogado general de Canadá, el arbitraje de Capítulo 11 debía ser considerado como "público" y no como "privado", por lo que los tribunales arbitrales de dicho capítulo no debían gozar de deferencia judicial extensa y no debían estar protegidos por un alto estándar de revisión judicial.[65]

En su sentencia, se puede ver cómo es que el juez Tysoe valoró la opinión del abogado general de Canadá. Sin embargo, consideró que no debía aplicar la doctrina relativa a la "perspectiva pragmática y funcional", pues ésta sólo era aplicable —señaló— en casos de revisión de decisiones de tribunales creados por ley, y no a laudos de tribunales arbitrales.

A final de cuentas, la Suprema Corte de Columbia Británica no anuló el laudo en su totalidad. Sólo lo hizo en la parte correspondiente a la determinación del monto por pagar por concepto de indemnización y, específicamente, en lo que tiene que ver con el cálculo de los intereses originalmente establecidos como pago a Metalclad.

VI. Crítica al laudo en el caso Metalclad *vs.* México y reflexión final

Como era de esperarse, el laudo del caso Metalclad *vs.* México suscitó una discusión muy importante, pues permitió medir los alcances que tiene o puede tener el mecanismo de resolución de disputas contenido en el Capítulo 11 del TLCAN. Entre los principales críticos de la decisión, destaca Antonio Azuela quien examina tres elementos específicos de la argumentación del tribunal arbitral. Primero, la idea de que los gobiernos deben proporcionar orientación jurídica a los inversionistas despistados. Para Azuela, Metalclad hace creer al tribunal que estaba desorientado respecto a la necesidad de con-

64 En Canadá, las *privative clause* son disposiciones introducidas por la propia legislatura dentro de las leyes que aprueba, que buscan excluir dichas leyes de la revisión por parte de los tribunales.

65 Supreme Court of British Columbia, *op. cit.*

tar con una licencia municipal y éste (es decir, el tribunal) inventa que los Estados tienen la obligación de guiar a los inversionistas por el camino correcto. "La ineptitud de estos últimos se vuelve así un problema de Estado y se crea una nueva forma de proteccionismo, ya no para las empresas nacionales sino para las extranjeras".[66]

En segundo lugar, critica Azuela que el Tribunal haya tomado por cierto el dicho de Metalclad en el sentido de que funcionarios federales "les dijeron" que no requerían licencia municipal para construir el confinamiento. Ello supone un sesgo en favor de la empresa, al no exhibirse nunca pruebas al respecto. El tribunal no dudó en dar por buena la afirmación de Metalclad, a pesar de que México lo negó rotundamente.[67]

En tercer lugar, observa Azuela que el tribunal arbitral desestimó con gran facilidad las atribuciones que la Constitución otorga a los municipios en materia de usos de suelo:

> Mientras por un lado hace suyos los argumentos de Metalclad en el sentido de que no se requería la intervención del Municipio, cuando se trata de considerar los argumentos de México simplemente dice: "Sin embargo, los peritos de México en derecho constitucional expresaron una opinión diferente". Hasta ahí llegó la discusión. En ninguna parte del laudo se explica por qué esa "opinión diferente" no era aceptable.

En general, Azuela advierte un sesgo del tribunal arbitral en favor del inversionista extranjero.[68]

Finalmente, debemos hacer notar algunas de las implicaciones que la decisión tiene, en relación con el derecho mexicano. Por ejemplo, a partir del caso examinado, ha quedado abierta la posibilidad de que inversionistas extranjeros desafíen decisiones gubernamentales de los estados y municipios, en ejercicio de funciones públicas sobre temas relevantes tales como protección del medio ambiente y de la salud pública y la regulación de los asentamientos humanos. Esta circunstancia, a su vez, tiene el potencial de

---

[66] Azuela se refiere aquí a lo sostenido por el tribunal arbitral en el numeral 76 del laudo: "Una vez que es del conocimiento de las autoridades del gobierno central de una Parte (cuya responsabilidad internacional en estos asuntos se identificó en la sección que precede) de que pudiera haber lugar para un malentendido o confusión a este respecto, es su deber asegurarse que la posición correcta se determine y exprese rápida y claramente para que los inversionistas puedan proceder con toda la apropiada prontitud y con la seguridad de que están actuando conforme a las leyes pertinentes". Azuela, *op. cit.*, pp. 50-52.

[67] *Idem*.

[68] *Idem*.

disminuir la autoridad regulatoria de federación, estados y municipios, sobre todo si tomamos en cuenta la vaguedad de los conceptos de "trato justo y equitativo" del artículo 1105 (¿con qué criterios decidirá un tribunal cuando se está o no ante un trato justo y equitativo al inversionista extranjero ?) y la amplia definición de expropiación del artículo 1110 del Capítulo 11 del TLCAN; amén de que la lectura amplia de expropiación del tribunal arbitral en términos de "actos equivalentes a la expropiación" y "expropiación indirecta"[69] da a los inversionistas extranjeros (de EE. UU. y Canadá) protecciones de derechos de propiedad que van más allá de los que otorga la Constitución mexicana a los inversionistas y propietarios mexicanos.[70]

[69] Para Cremades y Cairos, esta definición es muy amplia pues abarca expropiación "directa" e "indirecta" y también medidas "equivalentes a la expropiación". Esto último equivale a lo que en EE.UU. se conoce como *regulatory takings*: "Un *regulatory taking* es una reducción en el valor de un bien como resultado de regulación gubernamental. Una disposición en un tratado multilateral o bilateral de inversión que prohíbe la expropiación indirecta combinada con las disposiciones sobre arbitraje inversionista-Estado da a un inversionista la capacidad de buscar compensación por pérdidas que deriven de regulaciones que reducen el valor de sus bienes. El inicio de tal arbitraje no atenta contra la legitimidad del poder de producir regulación ni necesariamente impugna los objetivos de política de las regulaciones, pero la distinción entre una demanda de compensación y un reto a la legitimidad de regulaciones es fácilmente perdida en la política de temas ambientales, salud pública y seguridad, y otros similares. El resultado es que tal arbitraje puede presentar al tribunal algunas cuestiones muy cargadas políticamente." Además, señalan en relación con el caso Metalclad *vs.* Estados Unidos Mexicanos: "La amplitud de la expresión expropiación indirecta crea falta de certeza entre los empresarios, los servidores públicos y sus asesores jurídicos en cuanto a la frontera apropiada entre regulación legítima sin compensación y un *regulatory taking* o expropiación indirecta. Esta falta de certeza incrementa la probabilidad de que emerjan disputas que requieran arbitraje y, por tanto, de laudos que traten con (o parezcan tratar con) conflictos entre obligaciones de comercio y opciones de política doméstica o social. Tales laudos inevitablemente habrán de ser empleados para propósitos políticos, con la consecuencia de más reclamos de tribunales secretos y anónimos y temores de la erosión de la democracia y la soberanía. El amplio, pero vago derecho de los inversionistas extranjeros a una compensación por expropiación hoy continuará poniendo a los arbitrajes inversionista-Estado en conflicto con grupos que usan la regulación doméstica para hacer avanzar sus propias agendas políticas, tales como grupos ambientalistas y de salud pública, la falta de rendición de cuentas democrática del arbitraje significa que puede fácilmente ser descrita por tales grupos, así como por políticos nacionalistas y activistas anti-globalización, como una herramienta de las grandes empresas. El problema de credibilidad que enfrenta el arbitraje inversionista-Estado es que, constitucional y políticamente, las implicaciones públicas del derecho a compensación por expropiación no embonan bien con una institución privada." Cremades y Cairns, *op. cit.*, pp. 194 y 195.

[70] Véase Rábago Dorbecker, *op. cit.*, pp. 470 y 471.

EL FIN DEL *LOBBY* JUDICIAL: UNA CRÍTICA (CONCURRENTE) A MAGALONI Y ELIZONDO RESPECTO DE LOS "ALEGATOS DE OREJA"

Francisco TORTOLERO CERVANTES

I. INTRODUCCIÓN

La inminente entrada en vigor del nuevo sistema de justicia penal en junio de 2016 y la larga lista de modificaciones que está trayendo consigo al nuevo sistema de litigación oral (no solamente para la materia penal) coloca en el centro la noción de *igualdad de armas* entre las partes de un proceso.

Como lo manifiestan Magaloni y Elizondo en su artículo,[1] la libertad del juez "de elegir una de las muchas posibles soluciones jurídicas que tiene el asunto, coloca al juzgador en una posición delicada entre las partes".

Al formar parte del *staff* que organizó la primera reunión internacional que se tiene registro a escala de cuatro continentes (convocada en 2012 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) para llevarse a cabo a puerta cerrada), coincido con los autores antes citados en que se trata de

---

1 Magaloni, Ana Laura y Elizondo, Carlos, "El 'Alegato de Oreja': inequidad y mediocridad", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* nueva serie, año XLVIII, septiembre-diciembre 2015, pp. 1005-1034.

uno de los aspectos que más llamó la atención entre los juzgadores extranjeros que asistieron a la Cumbre de Presidentes de Cortes Supremas, Constitucionales y Regionales.[2] El asombro generalizado entre los invitados refiere a la normalidad con la que los jueces mexicanos (incluidos los de la SCJN) acuerdan audiencias privadas a todo aquel que lo solicite; en particular las partes de los procesos que se encuentran pendientes de resolución.

II. La crítica inexistente respecto de una cuestión lacerante

El tema prácticamente no ha sido tratado por la doctrina; ya no digamos de forma sistemática. Y se trata de una de las cuestiones más importantes si se quiere en verdad instaurar un proceso judicial equitativo en todas las áreas del litigio. Por lo que es importante que se forme un aparato crítico entre quienes nos interesamos por observar el comportamiento de los tribunales a efecto de facilitar este tan urgente tránsito al que, a mí me parece, debe ser el fin del *lobby* judicial.

Me permito reproducir una afirmación que mis colegas investigadores del CIDE refieren, que pude rescatar del audio original de la mencionada Cumbre, con algunos elementos adicionales:

> [D]e las discusiones y debates que se generaron yo me interesé particularmente por dos cuestiones… Que aquí en México… las deliberaciones de la Corte son públicas… y que… los litigantes puedan tener acceso directo a los jueces. Creo que ésta es una de esas situaciones… que hacen que México sea diferente… Pero si esto funciona, entonces quién soy yo para juzgar lo que sucede aquí. Lo único que puedo acotar es que, viniendo de un sistema del *common law,* entiendo que la imparcialidad de los jueces depende de que no puedan comunicarse directamente con los litigantes… Que si esto sucediera en mi país [Ghana], se crearían muchos problemas… Imagínense que un litigante entrase a mis oficinas y de repente me empezara a reportar directamente. [A]lguien seguramente me acusaría que yo estoy hablando con el litigante... [Pero] me parece que no ha creado ningún problema en México ni

[2] Este foro se llevó a cabo el 8 y 9 de noviembre de 2012 en la ciudad de México; fue organizado por la SCJN. Contó con la estrecha colaboración de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de la ONU en Ginebra y la ciudad de México. Reunió por primera vez a dialogar a presidentes de cortes nacionales de cuatro continentes con los de cuatro tribunales internacionales y regionales del mundo. Información disponible en *www.scjn.gob.mx/cumbre*.

> en otros países, porque… también lo tienen en Perú y, por ende, está funcionando y es bueno. [L]o que hace es añadir valor a la calidad de la justicia.[3]

Coincido con los autores del referido artículo, que lo que parece una anomalía astronómica (no obstante, las notables lecciones de diplomacia judicial que acabamos de leer), en México no sorprende a nadie. Para cualquier juez de nuestro país, existe una idea generalizada según la cual, la "garantía de audiencia" entre las partes, se resguarda *si y sólo si* por medio de estas audiencias informales.

Contrario a esta práctica, la entrada en vigor de las reformas constitucionales al sistema penal acusatorio publicadas en 2008 (seguramente hacia junio de 2016, fecha a partir de la cual serán aplicables sin ninguna reserva en todas las entidades del país), conduce a revisar la manera en que todos los juzgadores deben interactuar con las partes del proceso. Si bien podría entenderse que estos ajustes se limitan a tribunales en materia penal, veremos que aquel criterio es perfectamente aplicable, no sólo como lo refiere el artículo en comento, a manera de directiva deontológica (agregaría, llamada a permear poco a poco entre los jueces). Sino como postulado jurídico válido para todas las jurisdicciones del país, que desde mi punto de vista, debe desprenderse de la nueva conformación de las normas que rigen la igualdad procesal entre las partes.

Desde luego que el cambio en la norma carece de fuerza y de sentido si no repercute en comportamientos concretos y permanentes. Aquel es otro aspecto del cambio cultural que debiera estar ocurriendo entre todos los operadores jurídicos (incluidos jueces y litigantes). Tal como fue detonado por la reforma al régimen constitucional de los derechos humanos a partir de junio de 2011, las nuevas prácticas de litigación han significado un antes y un después en la percepción de la protección del individuo en sede judicial.

Puedo adelantar que la nueva relación se inscribe como un factor de transparencia y rendición de cuentas a los que se han venido sumando para entender el nuevo funcionamiento de los tribunales, y que aquellos cambios no tuvieron otro sentido que reforzar la independencia de todos los jueces del país. Añado a los comentarios de los autores, que los resultados de la reunión internacional de juzgadores, también sirvieron para compartir experiencias y escuchar cómo funcionan los tribunales, cotidianamente, en otros países;[4] acaso para darnos cuenta, si nos ceñimos a la declaración final

---

3 Audio original de la intervención de Sophia Akuffo, presidenta de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

4 Sin que el principio de igualdad de armas haya sido abordado más que de manera tangencial, los resultados de la citada cumbre pueden consultarse en SCJN, *A dialogue bet-*

de estas reuniones,[5] que no podemos postergar entrar a la normalidad procesal propia de los Estados constitucionales.

III. Los postulados de la legitimidad de los tribunales

Según los autores, la noción de *procedural fairness* (equidad procesal) es un ingrediente que ayuda al sistema en su conjunto a que las sentencias sean aceptadas de mejor manera por los obligados. Esto implica, según este argumento, una mejora en la percepción de las partes, la profesión legal y la ciudadanía.

Durante las pasadas décadas, se generaron posturas doctrinales favorables a la subordinación del poder a las exigencias de una *doxa* jurídica unívoca (manifiesta con mayor intensidad mientras más se asciende al análisis de la jurisprudencia constitucional), con un representante intachable de su propia legitimidad en el último escalón del sistema: el del juez constitucional. Quien, como único elemento del sistema, es capaz de fungir como última barrera a los vicios de la política y los intereses privados.[6] Los "doctores de la Constitución" serían así los únicos actores legitimados para definir las bases sociales y filosóficas de la comunidad nacional,[7] colocando en particular al juez constitucional como último garante de la democracia.

Sin llegar a estos extremos, uno de los señalamientos que parecen convencer en diferentes ámbitos del análisis del sistema de justicia consiste en afirmar que a diferencia de los poderes políticos (Ejecutivo y Legislativo), el juez constitucional no escoge sus asuntos; no es él quien impulsa la agenda de temas que conocerá el tribunal. Y segundo, que así sea un tribunal de última instancia, siempre existe la posibilidad de echar abajo la jurisprudencia constitucional, sea cambiando la legislación ordinaria o incluso modificando el texto de la Constitución. De ahí que la legitimidad del juez (llegando hasta aquel que encarna la última instancia de decisión), no rivaliza con la de los actores políticos del sistema.

---

ween judges: Writings of the Summit of President of Constitutional, Regional and Suprme Courts (Mexico 2012), México, SCJN-OACNUDH, 2014, p. XXXVII. Existen versiones en los tres idiomas oficiales en los que se desarrolló esta iniciativa (inglés, francés y español).

5 Reproducida en Epílogo, *ibidem*, p. 513.

6 La conocida noción del "guardavías de la Constitución" en Favoreu, Louis, *La politique saisie par le droit: alternances, cohabitation et Conseil constitutionnel*, Paris, Economica, 1988, p. 31.

7 Schlink, Bernard, "German constitutional culture in transition", *Cardozo Law Review*, núm. 14, 1993, pp. 730 y 731.

IV. Algunas reacciones espontáneas de los presidentes invitados

Una opinión frecuente entre los participantes de la *Cumbre* citada, estimaba que a través del desarrollo de audiencias privadas, el fenómeno de los *lobbies*, tan presente en la realidad legislativa de buena parte de las democracias, emergentes y consolidadas, pudiera diseminarse de forma cotidiana y sin ningún freno en el ámbito de los tribunales.[8] Y no es que deba considerarse inhabitual que comités de expertos o grupos de interés manifiesten sus razones ante los tribunales para que éstos resuelvan mejor (aquello suele ocurrir en varios países con los grupos de interés, y que cada vez es más usual recibir estas consideraciones bajo el formato *amicus curiae*). Como lo señala el artículo en comento,[9] una modalidad incluso más activa se presentó en México en 2009, durante las audiencias donde diversos sectores sociales plantearon ante el Pleno de la SCJN un muy completo análisis sobre la interrupción voluntaria del embarazo que antecedió a la sentencia sobre la legislación correspondiente, que se acababa de aprobar en el Distrito Federal.

Pero fuera de esta clase de intercambios útiles para propiciar una mejor toma de decisiones judiciales, sorprendió a los jueces extranjeros invitados por la SCJN la modalidad de entrevistas que se pueden presentar en privado, sin que las partes puedan expresarse en audiencias de alegatos, una frente a la otra y frente a todos los miembros del tribunal (como es la práctica dominante en buena parte de los tribunales del mundo); no olvidemos que como todas las cortes constitucionales, la SCJN delibera y resuelve siempre como colegio.

Coincido pues con Magaloni y Elizondo, que en términos procesales, de ocurrir algún encuentro informal de uno de los jueces con alguna de las partes con el propósito de recibir alegaciones que no formaron parte del expediente judicial, la igualdad procesal se podría romper. La tendencia entre los presentes en dicha Cumbre indicaba que, de presentarse esta situación en sus países, el juez debía excusarse de conocer del asunto.

Dicho por ellos mismos, en algunos países, aquella práctica podría ser motivo de responsabilidad administrativa que incluso podría llegar a la destitución en el cargo. Se apuntaron, sin embargo, algunas soluciones intermedias, donde otros países permiten que las partes aporten información útil a juzgadores individuales en sus despachos, si bien, algunos tribunales

---

8 Intervención oral de András Sajò, juez húngaro del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tomado del audio de la Cumbre.

9 Magaloni y Elizondo, *op. cit.*, nota 1, p. 1012.

(en Perú, la Corte Constitucional; en México, la Sala Superior del Tribunal Electoral) llevan un registro pormenorizado de la persona, hora y día de estas visitas a cada magistrado, que se hace público en Internet del tribunal;[10] o bien, en otros países (la gran mayoría), donde al solicitar audiencia, aquéllas deben sostenerse con la contraparte y a puertas abiertas.[11]

En franca oposición a lo anteriormente descrito, los juzgadores mexicanos están acostumbrados a recibir a las partes con la única limitación de tiempo que marquen sus agendas personales. Se puede incluso afirmar que esta práctica ha sido entendida por litigantes y jueces como un uso aceptado que en un razonamiento por demás falaz, forma parte de las políticas de transparencia de los tribunales. Los diálogos que presenciamos, quienes tuvimos oportunidad de estar ahí en 2012, nos señalaron que estas políticas deben tender hacia una normalidad procesal que incluyan elementos completamente distintos.

V. Los contornos de una normalidad

La práctica de escuchar a las partes de una controversia judicial constituye una fase fundamental del proceso en cualquier tribunal que se precie de ser civilizado. El juzgador tiene la obligación de escuchar a ambas, y con base en esta información y en las pruebas aportadas, tomar una decisión. Para todo juez, la cabal comprensión de los argumentos es el presupuesto de un juicio justo.

En la práctica jurídica mexicana, después de haber presentado por escrito sus respectivas demandas, contestaciones o reconvenciones, y luego de haber aportado pruebas, los abogados litigantes calculan el mejor momento para pedir audiencia con los jueces que integran el tribunal. El propósito es hacerles saber los pormenores del problema jurídico planteado en el expediente. Este lapso se abre cuando el asunto es "turnado" a dicho juez para su estudio, y se agota cuando el expediente aparece en listas donde se publica una relación de asuntos por resolver en la siguiente sesión (esto último cuando se trata de órganos judiciales colegiados).

La mayoría de las veces, los jueces acceden a esa solicitud de audiencia privada, incluso cuando una sola de las partes lo haya hecho, sin que aquello parezca romper con la normalidad del proceso. Una vez que se le

[10] Intervención de Oscar Urviola Hani, vicepresidente de la Corte Constitucional de la República del Perú, extraída del audio de la Cumbre.

[11] Intervención de Marc Bossuyt, presidente de la Corte Constitucional de Bélgica, extraído del audio de la Cumbre.

ha concedido, el abogado litigante expone al juzgador (sea éste juez, magistrado o ministro) las precisiones técnicas y fácticas que, en términos de su estrategia procesal, puedan inclinar la balanza a favor de su cliente (y no dudo, con ánimo sincero de que se haga justicia). Puede parecer que plantear argumentos, insistiendo en los detalles, no excedería de las prácticas litigiosas de cualquier sistema judicial del mundo. Es más, los juzgadores podrían apreciar e incluso agradecer cualquier esclarecimiento, que facilite trazar la liga entre hechos y normas de manera más precisa.

Sin embargo, contrario a lo que ocurre en casi todo el mundo, la práctica mexicana de estas audiencias tiene lugar (casi siempre) en ausencia de la contraparte. Como vimos en la citada Cumbre, lo más difícil de entender para los juzgadores extranjeros estribaba en que el nuestro fuera un uso aceptado y reiterado. Como lo señalan oportunamente los autores del artículo, han sido los propios ministros quienes lo han entendido y justificado así, por ser una de las pocas formas que los juzgadores mexicanos han encontrado para garantizar el *derecho de audiencia judicial* a las partes. Debido a que en nuestro país, los juicios por jurados no existen, estas audiencias informales son el momento en el que la autoridad resolutora fija los contornos de la *litis* u objeto litigioso. El sistema legal parece (o parecía) no ofrecer alternativas.

Además de atender a las partes sin tener la seguridad de tener tiempo para ser recibidas por todos los jueces del tribunal (cuando se trata de órganos colegiados), tales audiencias casi nunca son públicas; se llevan a cabo a puerta cerrada, sin que se convoque al abogado de la contraparte para que se encuentre presente en este acto de alegación.

Para ilustrar una práctica (que tampoco está regulada, pero que se realiza así con la plena aceptación de unos y otros en Estados Unidos), la Corte Suprema de aquel país otorga a cada una de las partes treinta minutos estrictos para hacer precisiones sobre sus argumentos en una audiencia pública; cualquier persona puede asistir al salón de Pleno los miércoles y los viernes por la mañana durante los periodos de sesiones o *terms* (normalmente entre octubre y junio) para escuchar argumentos orales. Los *justices* preguntan, o simplemente dejan que el litigante exponga brillantemente sus argumentos en el día más importante de su carrera, en el que podrá decir cuando regrese a su ciudad, que expuso su *oral argument* ante el máximo tribunal de esas tierras. La intención es que los miembros del tribunal conozcan la misma historia al mismo tiempo, y que los contendientes cuenten con las mismas armas.

Coincidiendo con este contraste, Magaloni y Elizondo desprenden de una serie de entrevistas efectuadas a abogados postulantes mexicanos (que

ellos identifican como figuras encumbradas del foro) la existencia de por lo menos tres razones que han perpetrado esta práctica, que no tienen para cuándo modificarse. Primero, porque según los entrevistados, este momento procesal (informal) ayuda al juez a entender el caso (como si no tuvieran posibilidad de hacerlo por escrito); segundo, porque tales explicaciones adicionales son determinantes en los casos difíciles (para facilitarle al juez la comprensión, tal vez porque el juez necesite una versión banalizada para entender el farragoso expediente), y tercero, porque estas alegaciones permiten destacar aspectos contextuales que pudieran convencer al juez de lo riesgoso que es resolver en dirección distinta a la que plantea el litigante (como si el juez fuera un ermitaño incapaz de entender la realidad del país y sólo fuera capaz de entender de leyes). El aporte de Magaloni y Elizondo en esta parte es en verdad esclarecedor del ínfimo grado que tienen nuestros litigantes si se comparan con los de otros países.

VI. Contar una misma historia; garantizar la igualdad de armas

En México, la nota característica de estos encuentros personales con el juzgador radica en que se dan en absoluta secrecía. En contra de esta idea, el entonces presidente del Tribunal Constitucional español Pascual Sala señaló en la misma Cumbre que la transparencia debe implicar que el funcionamiento de los tribunales no sea secreto.[12] Es ahí donde estos "alegatos de oídas" entran en franca contradicción con los postulados básicos del debido proceso legal; concretamente con los principios de contradicción y de igualdad procesal.

Concretamente, se vulnera el principio de contradicción en el momento que determinados argumentos expuestos informalmente por una de las partes pudieran tener un peso específico en la decisión del juez —a pesar de no aparecer en el expediente— sin otorgarle oportunidad a la otra de controvertirlos. En estas alegaciones informales suelen comunicarse al juez hechos, situaciones o ideas que no se demostraron en el proceso y que pretenden influir en su ánimo, invocando con frecuencia argumentos emotivos: "imagínese usted que fuera su hijo el implicado en estos hechos". Es pues, debido a esta inexistencia formal de argumentos que no puede existir una posibilidad real para la contraparte de hacer frente a los mismos.

[12] Extraído del audio de la Cumbre.

Los principios de contradicción y de igualdad procesal suponen que ambas partes se encuentren en paridad de condiciones; no deben existir privilegios a favor de ellas ni gravámenes en su contra. Ello significa que deben gozar de igual protección, iguales posibilidades en el ejercicio de su acción o defensa, lo que se traduce en la misma posibilidad de contradecir; se trata de un equilibrio o balance que es conocido como "igualdad de armas".[13]

Ahora bien, las suspicacias que pueden ensombrecer la imparcialidad del juez no se hacen esperar… ¿Qué fue lo que realmente ocurrió en esa audiencia privada? ¿Qué pasa si sólo una de las partes se pudo entrevistar con el juez? ¿Qué ocurre si existe alguna ventaja, porque uno de los abogados es amigo personal del juez? ¿Qué trato se da a los personajes públicos que litigan ante instancias judiciales? ¿Con qué tanta frecuencia sirve los apellidos o antiguos cargos de los abogados para agilizar una cita? Más de un juzgador podrá referir a algún ex funcionario público o representante popular que pide audiencia con magistrados o ministros ostentándose con su antiguo cargo y no como litigante. Y qué decir del juez que recibe presiones o es amedrentado por la delincuencia… ¿Se justifica mantener las audiencias privadas para que se conviertan en espacios de opacidad, donde sea difícil demostrar que el juez está siendo objeto de intimidación o amenaza?

VII. Los contornos de nuestra anormalidad

Magaloni y Elizondo narran un catálogo de posibles audiencias, que todo aquel que ha trabajado en un tribunal mexicano puede validar como ciertas, con algunos matices. Desde el abogado que invita a su cliente a acudir a la audiencia informal con el juzgador (acaso para impresionarlo o hacerle ver cuánto conoce del tema; qué tan cercano es del funcionario judicial que va a resolver su asunto; qué enfático está siendo en su defensa), hasta las supuestas oportunidades que se presentan para exponer argumentos en eventos sociales (este último caso, francamente más difícil de sostener, a no ser por la empatía que puede desprenderse de ver a un magistrado o un ministro en la boda de un gobernador o del hijo de un prominente empresario). Los autores señalan además que esta clase de audiencias se conceden con más urgencia mientras más cuantía esté en juego en un litigio.

Sobre esta lista de consideraciones, es difícil desmentir o suscribir lo dicho. Se escucha con frecuencia que algunos tribunales estatales han man-

[13] Agradezco al magistrado Javier Gómez Cervantes, del Supremo Tribunal de Justicia del estado de Guanajuato, por las precisiones respecto de esta noción dentro del sistema penal adversarial.

tenido prácticas poco equitativas y transparentes, y que los federales son menos proclives a manifestar una disparidad evidente entre las partes (acaso porque tienen más que perder en cuanto a sueldo y prestaciones que la generalidad de los jueces o magistrados estatales). Pero aquéllas me parecen afirmaciones difíciles de probar y más de generalizar. Lo que sí puedo destacar es que existe una práctica no escrita (al menos en el Poder Judicial federal en todos sus ámbitos) según la cual, a nadie se le niega hablar con el titular (así sea durante un par de minutos), siempre y cuando el solicitante tenga interés jurídico en algún asunto, y para los órganos colegiados, que se trate de un expediente del que el juez sea encargado de elaborar el proyecto. Concretamente, respecto de la Suprema Corte, puedo afirmar que no se conoce que algún ministro tenga preestablecido negar audiencias con alguna de las partes. Lo que sí llega a ocurrir es que derivado de la disponibilidad de agendas (por ejemplo, para quien solicita una audiencia a un ministro que no es el ponente en un asunto, o con una fecha muy cercana a la sesión en que el asunto se va a analizar) termina pareciendo que existen favoritismos para aquellos litigantes o funcionarios que tienen alguna relación previa con el juzgador en cuestión. Y otro efecto que se suele producir es que cada litigante diseña una estrategia *a la medida*, de suerte que recorre los pasillos de la Corte (cuando logra audiencia no sólo con el ministro ponente) exponiéndole a cada ministro un argumento construido a partir de los votos que cada uno de ellos haya emitido ante la Sala o el Pleno. Poniendo énfasis en tantos argumentos como juzgadores puedan integrar el tribunal.

Es esa aleatoriedad lo que vuelve a la práctica de los "alegatos de oídas" inconsistente e indefendible. Por eso es que, en efecto, la práctica no puede seguirse tolerando; no importa que el juzgador diga a las partes: "está bien, si recibo a uno de los abogados, tiene que venir su contraparte", o bien "yo nunca recibo ni a unos ni a otros". En estos dos supuestos, tampoco se estaría sosteniendo, como práctica interna, una medida que redunde en la citada igualdad de armas.

La particularidad mexicana estriba pues en que los jueces, sean éstos del ámbito federal o del local, sin distingo de materias o jerarquías, ejercen una absoluta discrecionalidad para escuchar a los contendientes de un litigio, en el orden y bajo las modalidades que mejor consideren para allegarse información jurídica y fáctica sobre el objeto litigioso. El problema generado consiste en que pueda volverse más rentable para un litigante hacer creer a sus clientes que las relaciones públicas de un despacho de abogados puede hacer la diferencia frente a ciertos jueces.

Pero la justicia, en todos sus ámbitos, no puede ni debe someterse a las lógicas de transacción que pueden prevalecer en el derecho o en la política. Y es en este punto en el que discrepo abiertamente de Magaloni y Elizondo.

Buscar la forma de regular esta práctica, como lo sugieren los autores mencionados, es tanto como pretender redactar el código de ética del buen contrabandista. Todas las aparentes bondades de la práctica caen por su propio peso. Ni siquiera los frecuentes argumentos que suelen ser esgrimidos por los litigantes (como el de tratarse de una práctica inveterada) pueden llegar a ser suficientes para contrarrestar el peso del principio de igualdad entre las partes. Mi punto de vista es que la solución al problema ya existe. Está inmerso en la nueva conformación de las normas constitucionales y legales relacionadas con el proceso penal oral, y se complementan con la dimensión internacional de los derechos humanos.

VIII. La primera parte de la solución: el argumento constitucional y legal

De nada serviría prohibir lisa y llanamente la práctica de los "alegatos de oreja". Siempre habría un hueco imposible de considerar, por el cual el integrante de un tribunal tuviera que atender a los litigantes por razones muy variadas. Además, se podría generar una reacción esquizofrénica, en la que todo el mundo estaría tratando de probar que la contraparte recibió tratos diferenciados, por lo que abundarían las solicitudes de sanción o al menos de recusación de determinados jueces.[14] La solución al problema está en realidad inserta dentro de las normas recién reformadas, y me parecen mucho más sencillas que cualquier especulación que pudiera generarse al respecto.

Magalini y Elizondo afirman que la nueva fracción VI del artículo 20 constitucional,[15] que impone la absoluta igualdad de armas en el proceso penal, no podría ser extensivo a otras materias. Es también en este punto donde discrepo abiertamente con la postura de mis colegas.

---

[14] Véase la solicitud de recusación al ministro ponente en un amparo en revisión ante la Primera Sala, tal como fue solicitado por el quejoso (antiguo cónsul de México en San Antonio, Texas), al enterarse en un alegato de oídas que el sentido del proyecto de resolución no le favorecería. Su solicitud fue rechazada, confirmando por tres votos contra dos la facultad de la Secretaría de Relaciones Exteriores de nombrar y remover libremente a los funcionarios diplomáticos, véase en "Niega la Corte un amparo a Hernández Hadad", *Proceso*, 1o. de mayo de 2008.

[15] *Diario Oficial de la Federación* de 18 de junio de 2008.

Frente a quienes aducen el conocido argumento de la práctica inveterada, existe una solución visible, que por cierto, hasta ahora no ha sido asimilada debidamente por el foro, pero que se desprende de la más legítima de las fuentes: nuestra Constitución.

A partir de la reforma constitucional de 2008, que impuso un nuevo esquema procesal penal en el ámbito federal, es un hecho que para que en estas audiencias se satisfagan requisitos constitucionales mínimos, se debe permitir a las partes manifestarse, pero también contradecir o refutar el dicho de su contrario, todo lo cual será tomado en consideración por el juez para fundar y motivar su fallo.

Con motivo de tales reformas para adaptar en nuestro sistema procesal penal, el artículo 20 apartado A, fracción VI de la Constitución establece desde ahora que: "Ningún juzgador podrá tratar asuntos que estén sujetos a proceso con cualquiera de las partes sin que esté presente la otra, respetando en todo momento el principio de contradicción, salvo las excepciones que establece esta Constitución".

Las excepciones señaladas son aquellos actos en los que no existe inculpado identificado que pueda tener acceso a la causa, lo que justifica la presencia de una sola parte en la audiencia (como en aquellos casos en que se solicita una orden de aprehensión o cateo). Pero en los demás supuestos, la parte contraria debe encontrarse presente ante el juez para garantizar el equilibrio procesal.

Lo cierto es que como se verá más adelante, la reforma constitucional de 2008 no se puede leer separada de la reforma al artículo 1o. constitucional de junio de 2011. Sin embargo, las resistencias del gremio jurídico no se han hecho esperar. Son muchos quienes estiman, igual que los autores del artículo en comento, que el precepto constitucional citado es aplicable exclusivamente en materia penal, y en concreto, para aquellos expedientes tramitados bajo el sistema acusatorio-adversarial en los lugares en que éste se hubiera adoptado a la fecha, conforme a la reforma de 2008. Por ende, que ni siquiera debe ser aplicable a casos penales que se juzguen bajo el sistema inquisitivo-mixto (anterior a la reforma).

Erradicar la práctica aludida de los alegatos privados es uno de los primeros pasos para nivelar el terreno y hacer operativas las reformas que tiendan a la oralidad de los procesos (cuya *vacatio legis* se ha agotado casi en su totalidad, sin que nos encontremos siquiera en un porcentaje estandarizado del camino por recorrer en todas las entidades del país). Suprimir de tajo las prácticas que se estimen inadecuadas, imponiendo una prohibición sería una tarea tan complicada, como complicado ha sido procesar el cambio de

mentalidades por el que atraviesan los operadores jurídicos tras la reforma de los derechos humanos.

Estos alegatos informales encarnan una práctica a tal grado interiorizada en las mentalidades, que pareciera no ser siquiera aludida como parte de las reformas procesales, en su conjunto. Vale la pena que el legislador considere ampliar expresamente estas nuevas realidades en la legislación respectiva, a efecto que cualquier lector de la Constitución entienda el principio aplicable a cualquier materia y no sólo a cuestiones penales. Pero técnicamente, considero que aquello no haría falta. Sumado a las consideraciones antes expuestas, debido a que la solución también la tenemos en otra clase de legislación vigente, ya no sólo constitucional.

IX. La segunda parte: consideraciones de derecho internacional

Las razones para no limitar esta nueva obligación constitucional de igualdad entre las partes a cuestiones meramente penales debieran además quedar superadas con base en consideraciones ancladas en el derecho internacional. Para resistir a la aplicación del referido principio de igualdad procesal, los más reacios refieren la existencia de disposiciones reglamentarias de tribunales específicos, que determinan la obligatoriedad para los juzgadores de recibir a quienes pretendan entrevistarse con ellos, aclarando que toda negativa puede generar responsabilidad administrativa en su contra (sancionable en muchos casos con suspensión temporal sin goce de sueldo). Aquella reserva puede sin duda echarse abajo si se considera la obligación, para todos los jueces del país, de velar por la observancia de los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales debidamente ratificados por el Estado mexicano.

Lo anterior, en concordancia con los principios inherentes al control de constitucionalidad y de convencionalidad que precisa la reforma al artículo 1o. constitucional, de junio de 2011, así como de los criterios de aplicación emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a partir de la condena al Estado mexicano por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, derivada del caso Radilla.

De los artículos 103 y 107 constitucionales se entiende además que las competencias atribuidas a los tribunales federales, así como las formalidades del procedimiento, no distinguen criterios específicos para una u otra materia. Dicho a contrario, todo procedimiento ante un tribunal debe gozar del mismo estándar de protección. Los jueces penales no pueden tener

grados de exigencia mayores o encontrarse en un régimen especial, en el momento en que en nuestro país están prohibidos los fueros. Todos los tribunales deben igualarse, y el estándar está fijo en el nuevo artículo 20 constitucional, precitado.

Con base en esta nueva lectura, el debido proceso legal no puede disociarse de los derechos humanos, por lo que todo lo anterior se articula en el nuevo artículo 1o. constitucional. Aunado a esto, diversas disposiciones de derecho internacional aluden al particular, entre las que destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que establece en su artículo 14.1 que toda persona tendrá derecho a ser oída "públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil". Por su parte, el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, …en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter". La Declaración Universal de Derechos Humanos expresa en su artículo 10 que "toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos…".

De las disposiciones antes referidas (que sin lugar a dudas, los autores del artículo materia del presente comentario considerarán derecho positivo en México), se advierte que la garantía de audiencia, como parte del debido proceso, no solamente tiene aplicación en materia penal, sino en todo ámbito en que intervenga una autoridad judicial que determine los derechos u obligaciones de las partes. Se desprende de estas disposiciones que, para satisfacer la garantía de audiencia dentro del proceso, el juez debe escuchar a los intervinientes salvaguardando todas las garantías, entre ellas la de igualdad e imparcialidad además de la publicidad.

En consecuencia, el acto privado mediante el cual el titular del órgano jurisdiccional (sin importar de qué materia se trate), que concede escuchar a una sola de las partes contendientes en su despacho, sin que se encuentre presente su contraria, vulnera los principios que suponen la audiencia pública en los términos de las reglas internacionales anteriormente referidas. Sólo al cumplir los mencionados principios de equidad, transparencia, igualdad de armas y contradicción, se dará cumplimiento a la garantía de audiencia. La presencia de las partes contendientes (salvo en los supuestos legales que permiten limitar esta directiva), tiene por objeto que los conten-

dientes puedan emitir sus respectivos argumentos y refutar los del contrario, mismos que serán tomados en consideración por el juez para fundar y motivar su fallo.

X. Una conclusión que a muchos va a incomodar

La lectura constitucional y convencional que se plantea en la presente opinión, encuentra un sustento que no veo por dónde pueda ser derribado. De existir una solicitud de audiencia privada por una de las partes debe convocarse a la otra. Así de simple. Y de sólo poder comparecer una de ellas, la audiencia podría plantearse ante el colegio de jueces en su conjunto. Sólo bajo estos supuestos podrá llevarse a cabo esa audiencia de carácter extraprocesal, garantizándose así el debido proceso legal, lo que por añadidura restaría suspicacias respecto a la imparcialidad del tribunal.

También es importante advertir que en un número no despreciable de juzgados y tribunales, los lineamientos que estoy sugiriendo son una práctica cotidiana que se presenta sin excepciones. Durante los pasados años, los principios que inspiran las reformas constitucionales y legales han permitido a todos los juzgadores del país allegarse de más y mejor información para la elaboración de sus resoluciones. Nos referimos a la posibilidad que se ha abierto a personas interesadas de la sociedad civil u otros grupos de interés a que presenten opiniones *amicus curiae,* que contienen argumentos susceptibles de ser retomados por la mayoría del tribunal, en caso que sus integrantes los consideren aplicables a la solución del litigio.

De igual manera, las opiniones (tanto las mayoritarias como las disidentes o las concurrentes) se pueden consultar con cada vez más rapidez en las páginas de Internet, tanto de la SCJN como del Consejo de la Judicatura Federal. La SCJN junto con la Corte Interamericana de Derechos Humanos iniciaron en 2013 un proyecto conjunto que ha generado obligaciones internacionales para nuestro máximo tribunal. La iniciativa ha sido retomada y puesta al día en fechas más recientes por la Oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos (OACNUDH), cuyo personal y el de la SCJN siguen sistematizando y actualizando (todavía en colaboración con la Corte Interamericana) una base de datos de jurisprudencia del Sistema Universal de Protección de Derechos compatible con la jurisprudencia del sistema OEA;[16] los motores de búsqueda *Jus* y *@Lex* se encuentran en constante revisión

[16] El más reciente anuncio de estos avances fue dado a conocer conjuntamente por la SCJN y la oficina de representación de la OACNUDH en México el pasado 29 de octubre de 2015, y el buscador respectivo es de libre consulta en *http://www.bjdh.org.mx/BJDH/*.

para un acceso más sencillo y rápido con una homologación de contenidos; los documentos del Poder Judicial (incluidas las sentencias) se procuran redactar empleando lenguaje accesible y no sólo para la comprensión de los abogados; se diseñan programas de difusión a la colectividad por medio del Canal Judicial y de las Casas de la Cultura Jurídica, o de la difusión de los contenidos de las sentencias mediante redes sociales… Los esfuerzos se pueden empezar a sumar. Ahora, los juzgadores del país tienen más elementos a su favor para no seguir aplazando el necesario cambio de realidad en la relación que tienen frente a las partes del proceso.

En lo que más coincido con los argumentos expuestos por los profesores Magaloni y Elizondo, es que para que la transición opere adecuadamente hacia un sistema adversarial eficiente, el replanteamiento que los jueces mexicanos deben asumir en materia del principio de contradicción, tendría que empezar por la SCJN y sus ministros. Asumiendo con ello una franca voluntad que permita entender a todos los actores jurídicos del país que la igualdad procesal no debe limitarse a los tribunales penales, y que por su propia naturaleza, debe irradiar a todas las jurisdicciones del país.

El nuevo sistema procesal penal, como una de las tres grandes reformas en curso de implementación por el Poder Judicial Federal, justifica el esfuerzo. Nuestros jueces (y no sólo los penales, sino todos) deben sentirse parte fundamental de este cambio. Si bien, también debemos advertir que los riesgos para su verdadera puesta en marcha no son menores. Pues todo cambio normativo requiere de un componente que no se puede imponer por decreto: la voluntad de los operadores jurídicos.

LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917 AYER Y HOY: LECCIONES DEL PASADO Y DEL PRESENTE PARA EL FUTURO INMEDIATO

Carlos María PELAYO MOLLER*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *¿De qué hablamos cuando hablamos de "suspensión de garantías"?* III. *La suspensión de garantías en la historia*. IV. *La suspensión de garantías en México en la Constitución de 1917*. V. *El nuevo régimen de suspensión de garantías a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011*. VI. *Reflexiones finales*.

I. INTRODUCCIÓN

Los estudiosos del derecho constitucional contemporáneo han invertido la mayor parte de sus esfuerzos en el estudio de los derechos en situaciones de normalidad. Sin embargo, también es importante el análisis de estos derechos en situaciones de emergencia, cuando se tiene que hacer uso de herramientas excepcionales como la suspensión de garantías, que en la Constitución mexicana se encuentra formalmente contemplada en su artículo 29.

En este artículo con motivo del centenario de la Constitución en un primer apartado se hace una reflexión en torno al concepto de "suspensión de garantías". Después, un breve recorrido histórico desde la Antigüedad hasta nuestros días en torno a esta figura así como su funcionamiento en distintos regímenes y tradiciones jurídicas. En un tercer momento de este escrito se analiza la suspensión de garantías en México, en la Constitución de 1917 con especial énfasis a la única aplicación formal que esta figura tuvo durante la Segunda Guerra Mundial. En el mismo apartado se trata de explicar

* Profesor de la Universidad Iberoamericana, licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Sinaloa; maestro en Derecho por la Universidad de Notre Dame y doctorando por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

por qué esta figura no ha sido aplicada formalmente desde entonces, y ha sido suplida por otras figuras jurídicas. Por último, se hacen algunas precisiones en torno al nuevo régimen de suspensión de garantías a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 y cómo esa importante reforma es una oportunidad para "reconstruir" esa figura de nuestro constitucionalismo.

II. ¿De qué hablamos cuando hablamos de "suspensión de garantías"?

El artículo 27 de la Convención Americana contempla la figura de la "Suspensión de Garantías". Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la opinión consultiva OC-8/87, ha estimado que "del análisis de los términos de la Convención en el contexto de éstos, resulta que no se trata de una 'suspensión de garantías', en sentido absoluto, ni de la 'suspensión de los derechos', ya que siendo estos consustanciales con la persona lo único que podría suspender sería su pleno y efectivo ejercicio".[1] En la misma resolución la Corte acordó emplear el término de "suspensión de garantías" con las salvedades ya referidas.[2] De ahí que tengamos que señalar que dicha suspensión sólo puede efectuarse con carácter temporal y limitado. Igualmente, la Corte Interamericana aclaró que las garantías judiciales, como mecanismos judiciales de protección de los derechos, no son suspendibles.[3]

Las expresiones suspensión de garantías, estado de excepción o de sitio, pretenden habitualmente indicar el régimen jurídico excepcional al cual una comunidad territorial es sometida temporalmente, en consideración a un estado de peligro para el orden público, por efecto de una previsión de

[1] Corte IDH, "El *habeas corpus* bajo suspensión de garantías", opinión consultiva OC-8/87, 30 de enero de 1987, serie A, núm. 8, párrafo 18.

[2] *Idem.*

[3] Corte IDH, Garantías judiciales en estados de emergencia (artículos 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos), opinión consultiva OC-9/87, 6 de octubre de 1987, serie A, núm. 9. Véase también los comentarios de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso, "La suspensión de garantías en la Convención Americana sobre Derechos Humanos", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid, Marcial Pons-UNAM, 2013, pp. 997 y ss. Asimismo véase el caso contencioso en el que la Corte IDH interpretó y aplicó el artículo 27 de la Convención: caso Zambrano Vélez y otros *vs.* Ecuador, Fondo, reparaciones y costas, sentencia de 4 de julio de 2007, serie C, núm. 166. Véase también: Rodríguez, Gabriela, "Suspensión de Garantías" en *Convención Americana Comentada*. México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer, 2014, pp. 677 y ss.

la autoridad estatal que atribuye poderes extraordinarios a la autoridad pública y que sanciona correspondientes restricciones de las libertades de los ciudadanos.[4]

Leandro Despouy afirma que los diversos términos de "estado de alarma", "estado de sitio", "estado de prevención" entre otros, son sinónimos de todas aquellas medidas adoptadas por los gobiernos que implican mayores restricciones al ejercicio de los derechos humanos de las que regularmente se autorizan en situaciones ordinarias.[5]

Los diversos estados de emergencia, pueden a su vez revestir formas más o menos amplias, pudiendo ir desde medidas de policía (por ejemplo, la prohibición de reuniones, que normalmente son lícitas), hasta la suspensión de ciertos derechos y garantías constitucionales.[6] Paralelamente, las emergencias que pueden hacer necesaria una suspensión de derecho, pueden ser de diversa índole, desde desastres naturales hasta sucesos que pongan en riesgo la seguridad nacional.

La suspensión de garantías, en sus diversas modalidades, en los estados democráticos, siempre conlleva un marcado rasgo de temporalidad, es decir, la prohibición de que estas restricciones a los derechos puedan prolongarse más allá del tiempo necesario para hacer frente a la emergencia. Actualmente, en la mayor parte de las constituciones modernas no se establece ningún plazo especifico, pero sí la mención de que dichas medidas deben ponerse en marcha sólo por el tiempo que dure la emergencia.

Con estos elementos y con el fin de proporcionar una definición general de esta figura jurídica, que nos pueda servir para comprenderla dentro de cualquier ordenamiento jurídico, y como marco referencial para este estudio, proponemos definir a la suspensión de garantías como una:

> Institución jurídica de carácter excepcional, que tiene como objetivo restringir y limitar el ejercicio de ciertos derechos fundamentales o de sus garantías por un tiempo limitado en un país o en parte de él, para hacer frente a una situación de grave peligro para la existencia y supervivencia de la población y del Estado democrático.

[4] Baldi, Carlo, "Estado de sitio", *Diccionario de política*, t. I, México, Siglo XXI editores, 2000, p. 560.

[5] Despouy, Leandro, *Los derechos humanos y los estados de excepción*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 12.

[6] Baldi, Carlo, *op. cit.*, p. 560.

III. La suspensión de garantías en la historia

En este apartado trataremos de dar una visión muy general y breve de las instituciones que eran aplicables en los periodos de excepción y que existieron en diversos países desde el imperio romano, hasta finales del siglo XIX.

1. *La dictadura romana*

Si bien en circunstancias excepcionales de orden interior o exterior, las antiguas repúblicas griegas confiaban la defensa de su ciudad-estado a un "tirano" (*oesymneta*), elegido fundamentalmente con esa finalidad[7] en cuanto a los antecedentes más antiguos de los estados de excepción se suele citar a la dictadura romana, la cual se implementaba cuando la República romana se encontraba en peligro, generalmente por una guerra, consistiendo en una magistratura extraordinaria para épocas de crisis. En una situación de emergencia, el dictador tenía un poder ilimitado, por un plazo máximo de seis meses. En situaciones graves, de menor magnitud que las anteriores, el senado podía conceder poderes extraordinarios a los cónsules.

La dictadura nace —según Schmitt— de una "sabia invención" de la República romana. El dictador era un magistrado romano extraordinario, que fue introducido después de la expulsión de los reyes, para que en tiempos de peligro hubiera un *imperium fuerte*, que no estuviera obstaculizado por el poder de los cónsules, por la colegialidad, por el derecho de veto de los tribunos, de la plebe y la apelación del pueblo.[8]

Esta rigurosa restricción temporal repercutía con eficacia en la conducta del dictador, ya que era de su conocimiento que dentro de un breve lapso volverían a entrar en vigor todos los límites y todos los controles al poder. La dictadura constituía así, un modo de suspender temporalmente su propio orden jurídico para preservar su integridad y permanencia. De esta manera, el dictador, estaba capacitado para suspender de inmediato los poderes del magistrado que le había nombrado y los del colega de éste, con lo que reunía "excepcional y transitoriamente", todos los atributos de la antigua oligarquía romana.[9]

---

7 Fernández Segado, F., *El estado de excepción en el derecho constitucional español*, Madrid, Revista de Derecho Privado y Editorial de Derecho Unidas, 1978, p. 47.

8 Schmitt, Carl, *La dictadura; desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, trad. de José Díaz García, Madrid, Ediciones de la Revista de Occidente, 1968, p. 33.

9 Mommsen, Teodoro, *Historia de Roma*, Nueva Biblioteca Universal, p. 100.

Es importante mencionar que la dictadura fue el régimen sucesor de la monarquía romana por un corto tiempo, siendo, para algunos estudiosos en la materia, la supervivencia de una magistratura suprema unitaria, que ocupaba el lugar del rey, considerándose suspendidas todas las garantías de la libertad ciudadana, no diferenciándose entre *imperium domi* y el *imperium militae.* Valadés menciona, que la figura del dictador, era muy similar a la de un *jefe de la caballería*, figura que ya había existido, bajo los reyes, en los casos de trastorno, peligro o de guerra.[10]

La dictadura romana era un órgano extraordinario que se podía activar, según procedimientos y dentro de los límites constitucionalmente definidos, ya fuera para la conducción de una guerra (*dictadura rei gerendae causa)* o de la solución de una crisis interna (*dictadura seditionis sedandae et rei gerendae causa*), más tarde también se encomendaron pormenores especiales, como la celebración de una asamblea popular (*comittiorum habendorum*), clavar un clavo por motivos religiosos (*clavi figendi*), la dirección, la fijación de días festivos, entre otros.[11]

Los poderes del dictador eran muy amplios e incluían el pleno mando militar, la subordinación de los cónsules por lo que sus actos no eran sometibles a la *intercessio* de los tribunos; gozaba de *ius edicendi y,* por la duración del cargo, sus decretos tenían valor de ley asumiendo la labor de juez penal e imponiendo sentencias, las cuales eran inapelables.

Esta magistratura no era electiva, pues derivaba su poder de una investidura directa hecha por los cónsules, encontrando siempre hostilidad popular. Al no poder desterrar la opinión de que un poder ilimitado como ése, era, en ocasiones, muy preciso en los momentos de supremo peligro, los demócratas llegaron a conseguir, en la época de las guerras púnicas (363 a. C.),[12] que prevaleciera el principio de elección de este magistrado extraordinario; fue desde ese momento que se hizo inusual el recurrir a la dictadura para dirigir operaciones bélicas.[13] De ahí en adelante, durante la época de la república, los dictadores desempeñaron funciones que no podían llevar a cabo los cónsules, como presidir elecciones en circunstancias difíciles, entre otras, lo cual nos lleva a la conclusión que en un Estado democrático, en pocas ocasiones se recurre al estado de excepción.

---

[10] Valadés, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, p. 14.

[11] Schmitt, Carl, *op. cit.,* p. 34.

[12] Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 14.

[13] *Idem*.

En su forma original la dictadura romana correspondió a un muy significativo principio funcional de la democracia, pues a diferencia de lo que hoy ocurre en muchos países alrededor del mundo, en aquella época el magistrado que dictaba las medidas de emergencia no era el mismo que gobernaba en periodos de estabilidad. De esa manera, quedaba conjurado el vicio de establecer un estado de excepción para afianzar no la seguridad del Estado en su sentido estricto, sino las prerrogativas de los detentadores del poder.[14]

Durante el periodo de Sila (82 a.C.-79 a.C.) la dictadura caída en desuso reapareció con vigor. Reinstaurada "con la misión de decretar leyes" y teniendo, en opinión de historiadores, más semejanza con el decenvirato cuyos funcionarios eran revestidos de poderes excepcionales y absolutos, ocupó todas las magistraturas ordinarias, funcionando por tiempo ilimitado.[15]

Carl Friederich, identifica algunos requisitos que resultaban necesarios para esta institución extraordinaria:[16]

a) El nombramiento del dictador debía efectuarse con arreglo a un procedimiento predeterminado.
b) El propio dictador no estaba facultado para declarar a su libre arbitrio la existencia de una situación extraordinaria.
c) La persona detentadora de la titularidad de la dictadura disponía de un plazo fijo para realizar su misión que no podía exceder de seis meses.
d) La dictadura tenía como finalidad la defensa del orden constitucional (*sic*) existente, no su destrucción.

Schmitt, consideraba que estas limitaciones obedecían a una función de carácter político, en cambio, Friederich, las consideraba como requisitos legales para que la institución pudiera subsistir y llevar a cabo sus propósitos.

---

[14] Valadés, Diego, *op. cit.*, p. 15.

[15] Sila instituyó una reforma constitucional completa que suponía la restauración del poder del Senado y la aristocracia, imponiendo controles estrictos sobre los tribunos y otros magistrados. Su organización del sistema de procedimiento criminal mediante el incremento del número de *quaestiones perpetuae* fue de especial importancia, pues se establecieron en Roma los primeros juzgados penales permanentes. Su reforma autoritaria, que separó las magistraturas civiles de las militares, convirtió su gobierno en algo que algunos historiadores han considerado como la primera administración imperial, aunque todavía dentro de las formas republicanas. *Cfr. Idem.*

[16] Finn, John E., *Constitutions in crisis. Political violence and the rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 1991, p. 16.

Para reprimir los brotes sediciosos existía la Ley de la Majestad (*Laesa majestatis*). Esta célebre ley, a la que en justicia pueden atribuirse buena parte de los crímenes del Imperio, tenía procedencia republicana.[17]

Según Schmitt, la sorprendente diversidad de la antigua dictadura republicana y la dictadura ulterior de Sila y César habría podido sugerir una determinación más inmediata dentro del concepto de dictadura.[18] Marcando de esta manera una contraposición entre la dictadura comisarial y la soberana.[19]

2. *La excepción en el Estado pre-moderno (antiguo régimen)*

La suspensión de garantías en el antiguo régimen estaba enfocada principalmente al combate y represión de motines y levantamientos populares, para así preservar el orden; esta institución era utilizada como un medio de control político, aunque es pertinente señalar que la existencia de instituciones propiamente dichas que regularan los estados de crisis, guerra y emergencias y con ellos la suspensión de derechos y garantías no existían tal y como las conocemos hoy, como lo señalan los estudiosos del tema.

Las causas de estos motines y levantamientos radicaban en la miseria reinante entre la población urbana y rural de la época.[20] No obstante lo anterior, el motivo inmediato del motín podía venir determinado por la caída del consumo, poniendo en peligro la misma supervivencia de la población.[21] Nada de esto último; sin embargo, puede ser una explicación suficiente, si no es partiendo de la perspectiva de la situación permanente de extrema miseria sobre la mayor parte de la población.[22]

Un factor que permitía la represión de las clases pobres en la Edad Media, así como en las monarquías absolutas de aquella época, fue el hecho de que no se reconocían, al menos tal y como hoy los entendemos, los derechos humanos, quizá porque los derechos y garantías individuales de las

[17] "Dicha Ley castigaba con pena de muerte a quienquiera que resultase convicto por haber perjudicado la 'grandeza o dignidad del pueblo romano'. La vaguedad misma de esa fórmula permitía, en cada crisis política, al partido vencedor perseguir a muerte a todos sus adversarios... Sila especialmente, había hecho uso excesivo de ella, y en virtud de una interpretación hábil, encontró la manera de hacerla extensiva a las palabras lo mismo que a las obras", Mommsen, *op. cit.,* t. VI, p. 114.

[18] Schmitt, Carl, *op. cit*, p. 34.

[19] Valadés, *op. cit*., p. 17.

[20] Cruz Villalón, Pedro, *El estado de sitio y la Constitución,* Madrid, CEC, 1980, p. 26.

[21] *Idem.*

[22] Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.,* p. 27.

personas estuvieron "en manos" de los reyes o mejor dicho en manos de los señores feudales y en una última instancia en manos del clero. [23] Lo que nos remite de nuevo a la dimensión histórica de los derechos fundamentales, los cuales para esa época todavía no habían sido conquistados.

Algunos procedimientos para la concentración de los poderes ejecutivos sobre determinadas personas de modo excepcional fueron en esa época la institución de los "comisarios extraordinarios" a quienes los príncipes nombraban en ejercicio de su plena autoridad.[24]

Encontramos conjuntamente a los comisarios del rey, comisarios de determinados estamentos y asambleas; además, de que en esta época se consolidan monarquías cesaristas, que, en algunos casos, fueron el resultado de una dictadura.[25] El ejemplo más claro en esta época se tiene con Cromwell, en Inglaterra, a mediados del siglo XVII. El cual se iba a auto-presentar como el líder de una dictadura "comisarial", transferida por el llamado Parlamento Largo, que se iba a convertir, al ser disuelto este último, en una auténtica "dictadura militar soberana depositaria de una transferencia de autoridad limitada".[26]

A su vez, en esta época no sólo se previó la represión de motines sino incluso su prevención; en este sentido, Cruz Villalón distingue cuatro clases de prevención, siendo la primera la inmediata, la cual, se podía manifestar de dos maneras. Una forma de lograr este objetivo era ante la eventual falta de algún insumo como trigo o pan, se proveyese inmediatamente, aunque históricamente se optaba ante esta situación el uso de la fuerza por medio de la disuasión y la represión.[27]

La segunda era una medida de doble filo, efectiva a plazo inmediato: cuando ya el motín se consideraba inevitable y sólo se trataba de debilitarlo, de antemano, se implementaba la "saca de gente de levas", es decir, la formación del contingente de hombres con el que la ciudad o la zona debía contribuir de forma inmediata al ejército del rey.[28]

La función de la burguesía era variable, ya que a menudo no mostraba demasiada prisa en organizarse para reprimir estos movimientos mientras sus intereses no se vieran afectados; no obstante, si esto ocurría llegaban a intervenir. Tal fue el caso en Francia, en el siglo XVII, donde llegó a existir

---

23 *Cfr.* Fernández, Segado, *op. cit.*, p. 50.

24 *Idem.*

25 Fernández, Segado, *op. cit.*, p. 51.

26 *Idem.*

27 Fernández, Segado, *op. cit.*, pp. 47-48.

28 *Idem.*

una "guardia burguesa" (*garde bourgeoise*) compuesta de individuos de posición acomodada, teóricamente a disposición del ayuntamiento, del que constituía la principal fuerza armada.[29]

El segundo tipo de actuación era la de previsión de carácter permanente, por medio del abastecimiento. Estas medidas tuvieron un cierto sustento en legislación como la *Book of Orders,* que disponía la repartición de granos entre la población de bajos recursos en Inglaterra, entre 1580 y 1630.[30] Entre otras leyes encontramos las llamadas *poor laws,* las cuales introducían un sistema que operaba en cada parroquia para que los pobres nacidos en ella pudieran encontrar ahí sustento, a la vez que se les impedía establecerse en otras ciudades. Paralelamente se crearon las llamadas *workhouses* o las *poorhouses,* donde se auxiliaba a personas desempleadas o con alguna incapacidad física; este modelo eventualmente chocaría con el de la incipiente clase burguesa, dueña de los medios de producción en las ciudades, interesada en disponer de una mano de obra lo más abundante y barata posible.[31]

El tercer tipo de prevención era la "estructural" de los levantamientos populares, la cual se basaba en la opresión, manteniendo a la gran masa de la población en el analfabetismo y la ignorancia bajo el poder de la iglesia y en la justicia criminal, caracterizada particularmente por la imposición de penas desproporcionadas y brutales como único medio para disuadir, dada la miseria existente, y también como único medio de compensar la incapacidad del antiguo régimen para sostener un aparato represivo eficaz incluso de los delitos individuales; para "hacer escarmiento", los ajusticiamientos y suplicios debían realizarse en presencia de toda la población.[32]

Por último, existía otro tipo de prevención que era la "política" y "policial" en contra de la burguesía, por medio de las *lettres de cachet* y de las órdenes de destierro, la intervención sistemática de la correspondencia, las denuncias por lo que se escribía, por lo que se decía. Si bien, podemos considerar que este tipo de represión afectó a un pequeño sector de la población que era la burguesía y eventualmente a la misma nobleza, estas instituciones inspiraron en gran medida los grandes cambios que darían forma a los modernos

29 Fernández, Segado, *op. cit.*, p. 39.

30 *Ibidem,* p. 51.

31 *Ibidem,* p. 54.

32 *Ibidem*, p. 55. Esta situación, la llegaría a inmortalizar Víctor Hugo, en su obra maestra *Los miserables*, donde el protagonista de la historia, Jean Val-Jean, es encarcelado muchos años y perseguido el resto de su vida por haberse robado un trozo de pan y una moneda.

esquemas constitucionales de excepción, que se presentan cómo el instrumento decisivo, *la ultima ratio*, de la salvación del Estado.[33]

El antiguo régimen desapareció, por lo menos en su forma original, con la Ilustración y el reconocimiento y declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, fruto de la Revolución francesa. Sin embargo, es innegable que no todos los mecanismos de seguridad y represión del antiguo régimen han sido desechados, como explicaremos posteriormente.

3. *La* martial law *inglesa y la* loi martiale *francesa*

En el Reino Unido y Francia encontramos leyes para la represión armada de tumultos; a esta serie de disposiciones se les dio el nombre de "ley marcial", siendo sinónimo, por una parte, de intervención armada del Estado contra los ciudadanos, autorizando a su vez esta intervención en los casos y con las formalidades que dicha ley expresa.[34] Estas leyes son instituciones de seguridad interna, proveyendo una protección extraordinaria.

Cruz Villalón distingue dos acepciones al término "ley marcial": la primera se refiere al uso de métodos efectivos para evitar cualquier capitulación de poder en el Estado moderno, por medio de la utilización de una fuerza suficiente, y la segunda, al arreglo o sometimiento de esta actuación a los condicionamientos de un poder público, de una de las autoridades responsables.[35]

En Inglaterra después de los desórdenes de 1780 aparece la *martial law*, que es una especie de situación ajurídica en donde la autoridad militar interventora puede proceder sin tomar en cuenta las "barreras" legales durante motines, teniendo como objetivo distinguir la esfera militar fáctica de la realizada con arreglo al derecho militar por el consejo de guerra.[36] A pesar de su nombre, el derecho de guerra no es, en este sentido, derecho ni ley, sino un procedimiento creado esencialmente para un fin fáctico, en el que la regulación jurídica se limita a precisar los presupuestos bajo los cuales entra en acción, ya sea por solicitud de las autoridades civiles, o por otro supuesto.[37]

---

[33] *Cfr. Ibidem*, p. 57.

[34] Rossiter, Clinton, *Constitutional dictatorship. Crisis government in the modern democracies*, Harbinger, 1963, p. 9.

[35] Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, p. 121.

[36] Schmitt, Carl, *op. cit.*, p. 223.

[37] *Idem.*

Por otra parte, la *martial law*, contenía una serie de preceptos formales, no tanto para el campo de batalla, al momento de enfrentar la situación, sino más bien para la lucha contra el adversario político interno, dirigiendo la acción del Estado contra los propios ciudadanos; sin embargo, éstos, en opinión de Carl Schmitt, no alcanzaron nunca la acción misma, sino sólo su presupuesto. [38]

En Francia mientras tanto, la *loi martiale*, comprendió tres etapas: la primera, del 21 de octubre de 1789; la segunda, cubriendo desde la matanza del Campo Marte hasta su abolición por los jacobinos, y la tercera, agrupando las leyes de la Convención Terminoriana y del primer Directorio, el abandono de la ley marcial en el segundo Directorio y, por fin, su reaparición, con otro carácter, en la Monarquía de Julio.[39] Durante estas etapas se convierte en el estatuto único en materia de intervención de la fuerza armada en el interior del país, manifestando no ir más allá de la "ley marcial" en lo que a instrumentos de la protección del Estado se refiere. Los jacobinos fueron siempre violentos adversarios a ésta.[40]

Tanto la *martial law* inglesa, como la *loi martial* francesa son leyes que no estaban incluidas en una Constitución, ya sea por el sistema consuetudinario inglés o porque en el caso francés conformaban (las leyes marciales) un estatuto único en materia de intervención de la fuerza armada en el interior del país.

4. *La detención preventiva*

La prohibición constitucional de la suspensión de garantías conoce, en ocasiones, dos excepciones: la de la detención preventiva y la de la suspensión del *habeas corpus*, que practicada en Inglaterra durante el siglo XVIII, pasa a la Constitución de los Estados Unidos y a algunas Constituciones europeas de esa época.[41] La suspensión de la prerrogativa fue en países europeos hasta cierto punto común, siendo admitida durante una larga época en el sistema represivo de protección del Estado.[42] Este tipo de detención

[38] Schmitt, Carl, *op. cit.*, p. 108.

[39] *Ibidem*, pp. 231 y ss.

[40] *Idem.*

[41] Cabe señalar que este criterio ha sido superado, como lo veremos más adelante, en una opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que analizaremos en el tercer capítulo.

[42] Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, p. 249.

preventiva no debe ser confundida con la detención preventiva que se ventila ordinariamente en torno a procedimientos penales.

En Inglaterra, debido a la situación por la que atravesaba el país, en 1689, el Parlamento promulgó una ley por la que se suspendía la libertad individual, y con ello el *writ de habeas corpus* asegurado por las *habeas corpus acts* de 1640 y 1679.[43] Es así como a lo largo del siglo XVIII el Parlamento procede en diversas ocasiones a dicha suspensión del *habeas corpus* por medio de las *habeas corpus suspensión acts"*.[44]

El efecto de una suspensión del *habeas corpus*, consistía en "diferir" el juicio de una persona detenida bajo acusación o sospecha de *high treason* por el tiempo señalado en la ley, en el territorio y por las autoridades que la ley señala. A su vez, generalmente esta institución era complementada con otras leyes derogatorias de derechos y garantías, emitiendo para ello una *indemnity bill* eximiendo de responsabilidad a los funcionarios que no hubiesen observado escrupulosamente las formalidades prescritas por la *suspension act*.[45]

En Francia, en cambio, la detención preventiva se desarrolló durante la Revolución de finales del siglo XVIII, pasando de no ser admitida en caso alguno, a ser admitida con variadas restricciones hasta, por último, ser legalizada como una detención completamente arbitraria.[46] Dicha situación duraría hasta 1814 y posteriormente ni siquiera la ley sur *l'etat de siege* de 1849 autorizaría la detención preventiva, sustituyéndola por una restringida suspensión de la libertad de residencia.[47]

5. *Las formas extraconstitucionales del estado de excepción*

Estas formas corresponden a los medios a los cuales recurre el Estado a falta de instrumentos constitucionales de protección extraordinaria que implican pasar por encima del orden constitucional o bien derogarlo. El recurso ejemplar por excelencia es de la suspensión de la Constitución, que parte del reconocimiento que es necesario prescindir del régimen constitucional en su conjunto, sustituyéndosele por un régimen temporalmente revolucionario.[48] En contraposición, el recurso de la exoneración parlamentaria, —que consiste en dotar de inmunidad *a posteriori* a los gobernantes que hayan tomado

43 *Idem.*
44 *Idem.*
45 Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, p. 251.
46 *Ibidem*, p. 252.
47 *Ibidem*, p. 255.
48 *Ibidem*, p. 277.

medidas en contra del orden jurídico en una situación de emergencia— es mucho más conservador.[49] Cuando la soberanía parlamentaria es la espina dorsal de la Constitución como en Inglaterra, la solución es lógica y coherente (*indemnity bills*); mientras que en los sistemas constitucionales europeos, resulta un expediente discutible.[50]

El tercer recurso es el de la ficción, que se desarrolla en sistemas que sólo prevén legalmente que pueda ser puesto en marcha el estado de excepción en casos de contingencias militares. Así en caso de que se presentara una emergencia distinta y que igualmente pusiera en riesgo a la población y al Estado mismo se originaría un fenómeno muy peculiar, ya que podríamos decir que el propio sistema jurídico "adecuaba" los supuestos de la emergencia a los que definían a una plaza militar como un estado de sitio, aplicándose con base en una interpretación extensiva de la normativa prevista para tal emergencia.

6. *Las formas constitucionales del estado de excepción*

Llegó un momento en que la suspensión por medio de instituciones extraconstitucionales se hizo insuficiente y poco conveniente a la luz de la caída del antiguo régimen, debido al creciente poder que fueron adquiriendo las masas,[51] y en especial la clase burguesa.

Es en este punto de la historia es donde se abre la posibilidad del Estado constitucional, en donde de entrada se debían descartar medidas como la suspensión de la Constitución y la exoneración parlamentaria, quedando así únicamente la institución del *estado de sitio*, basado en el supuesto del *estado de extrema necesidad*. No obstante, los estados de sitio en sus primeras etapas constitucionales sirvieron como medio de represión de la autoridad ante motines y alzamientos, por medio del uso de las fuerzas armadas para en el acto enjuiciar y ejecutar sumariamente a miles de personas involucradas en estos hechos.

Eventualmente, el hecho de que se reconociera constitucionalmente la presencia de una jerarquía suprema para el conjunto de derechos fundamentales, permitió que la protección extraordinaria del Estado se pudiese manifestar en su auténtico sentido: no como suspensión de la libertad y el derecho, sino como suspensión de determinados derechos y libertades, en

49 *Idem*.

50 Cruz Villalón, Pedro, *op. cit.*, p. 278.

51 *Ibidem*, p. 368.

razón de otros determinados derechos y libertades que son siempre la razón de ser del Estado y lo que justifica su defensa tanto ordinaria como extraordinaria.[52] Es esta idea primitiva y no desarrollada la que abre paso al desarrollo de la suspensión de derechos y garantías en el Estado constitucional democrático de derecho, como lo estudiaremos a continuación.

7. *La suspensión de garantías en los sistemas jurídicos romano-germánico* (civil law) *y anglosajón*

En el Estado democrático de derecho podemos encontrar tres tipos de legislación de excepción; éstos, a su vez, se identifican con diferentes sistemas jurídicos.[53] En primer lugar, las de aquellos países que no prevén expresamente la protección excepcional extraordinaria del Estado. Aquí podemos incluir a los países que pertenecen a la *common law,* en los que existe el problema de cómo debe reaccionar el ordenamiento ante una situación de crisis que haga necesaria la suspensión de derechos y garantías y que suponga el quebrantamiento del Estado.[54] La respuesta se da a través de la técnica inglesa de las *indemnity bills* o leyes de exoneración de responsabilidad, excluyendo de responsabilidad a los gobernantes a los que las circunstancias han obligado a quebrantar el ordenamiento para hacer frente a una emergencia.[55] Éste fue el modelo hasta la mitad del siglo XIX en ambas tradiciones. Sin embargo, continúa siendo básicamente el modelo de países con una tradición constitucional ininterrumpida como Inglaterra. No obstante, su perdurabilidad, debemos hacer un especial énfasis en los excesos en que se puede incurrir con este tipo de sistema.

Las *indemnity bills* o *acts of indemnity* son una especie de *exoneración parlamentaria extraconstitucional,* para hacer frente a emergencias. Su rasgo distintivo radica en que el parlamento que expide dicha ley "es soberano y su actividad legislativa no conoce límites, por lo que (en un principio) puede imponer cualquier límite de la libertad individual en cualquier momento".[56] Esto permite legalizar una actuación de la autoridad que al momento de producirse era ilegal y que por lo tanto puede ser complementaria a la

52 *Ibidem*, p. 443.

53 Pérez Royo, Javier, *Curso de derecho constitucional*, 3a. ed., Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996, p. 779.

54 *Idem*.

55 Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 29.

56 *Idem.*

suspension of habeas corpus act" que permite la detención de sospechosos por periodos prolongados sin que sea necesario la intervención judicial, aunque como veremos más adelante, este tipo de legislación se aplica en la actualidad específicamente a delitos como el terrorismo en el Reino Unido.[57]

De ahí que las situaciones de excepción, se regulen por medio de leyes emanadas del Parlamento (*Parliament acts),* ya sea, la suspensión de derechos y garantías. Sin embargo, existe una supervisión estricta por parte de tribunales internos y europeos de derechos humanos encargados de atender estos asuntos.[58]

Javier Pérez Royo menciona que dentro de nuestra tradición jurídica están aquellos países que prevén expresamente la protección especial o extraordinaria del Estado haciéndolo mediante una "cláusula general", que constituye, como el propio autor lo afirma, un "cheque en blanco a favor del destinatario". Tal fue el caso del artículo 48 de la constitución de Weimar, bajo la figura de la llamada "Dictadura del Reich". En la actualidad el ejemplo más claro de esta figura se encontraría en el artículo 16 de la Constitución de la V República Francesa.[59]

En este supuesto podríamos incluir al artículo 29 de nuestra Constitución, que no regula de manera muy precisa la suspensión de garantías individuales, aunque definitivamente no es tan ambiguo como el artículo antes referido de la Constitución francesa.

Finalmente, en la tercera clasificación, se encuentran aquellos países donde el derecho de excepción se encuentra regulado por instituciones constitucionales sólidas, y que tienen además una regulación orgánica que responde a criterios estrictos y a una serie de controles de constitucionalidad por parte de organismos especializados y por organismos internacionales.[60] En este último supuesto se ubica la legislación española, siendo estas las características que debe tener el derecho de excepción, a fin de que sea coherente con el derecho constitucional que debe servir como punto de referencia.[61]

Podemos sostener a manera de conclusión, que la característica de los sistemas de suspensión de derechos y garantías en los países de la *common law*, en general, consiste, en una cierta libertad para que el legislador en

---

57 *Idem.*

58 Si bien debemos admitir la existencia dentro del constitucionalismo inglés de las *law of Constitution*, de las *conventions of Constitution* y del *common law*; el control sobre éstas no es tan estricto del todo en el Reino Unido.

59 *Idem.*

60 Pérez Royo, Javier, *op. cit.*, p. 780.

61 *Idem.*

conjunto con el Ejecutivo lleve a cabo dichas medidas y, en segundo lugar, en respuesta a esa amplia libertad dada al legislador, un control, por parte de los órganos judiciales en la determinación de su validez o invalidez sustancial y su consecuente constitucionalidad.

A su vez, debemos señalar que en los países que han adoptado el sistema romano-germánico, es una constante que la parte esencial del derecho de excepción descanse en los textos constitucionales. En cambio, en los países que han optado por la tradición de la *common law*, la puesta en marcha de esta institución queda más a una decisión de tipo democrático, para su posterior aprobación (si así se requiriese), por parte del Poder Judicial.

IV. La suspensión de garantías en México en la Constitución de 1917

1. *Antecedentes en Constituciones y ordenamientos previos*

Los antecedentes de la legislación de excepción en el ámbito constitucional los encontramos la Constitución de 1824, cuyo artículo 112 habla de las restricciones de las facultades del presidente.[62] Dicho precepto estipulaba que el presidente no podía "privar a ninguno de su libertad ni imponerle pena alguna" salvo cuando "lo exija el bien y la seguridad de la Federación".[63] En las leyes constitucionales de 1836 encontramos una disposición que expresa la necesidad de que el Ejecutivo resuelva en ciertos casos consultando con sus ministros.[64] Dichos preceptos no prevén una suspensión de garantías tal y como conocemos actualmente dicha figura; sin embargo, de acuerdo con Aguilar y Maya, la figura de la suspensión de garantías surge de esos preceptos, que son sus antecedentes directos.[65]

Es notorio que dicho contenido constitucional retome en gran medida lo estipulado por el artículo 1 sección 9 cláusula 2 de la Constitución estadounidense que a la letra señala que: "el privilegio del *habeas corpus* no se

62 Aguilar y Maya, José, *Legislación de emergencia*, México, Procuraduría General de la Republica, 1944, p. 28

63 *Idem.*

64 *Idem.* Dicho artículo a la letra señalaba. "Todo asunto grave del gobierno será resuelto por el presidente de la República en junta de ministros, quienes firmarán el acuerdo en el libro respectivo, especificando el que o los que disientan".

65 *Idem.*

suspenderá, salvo cuando la seguridad pública lo exija en los casos de rebelión o invasión".[66] Debido a la vaguedad de este precepto, a lo largo de la historia de los Estados Unidos, ha sido objeto de innumerables controversias entre el ejecutivo y el legislativo de aquel país; en cuanto a sus límites y sobre las autoridades que deben intervenir en su aplicación, situación que en parte ha sido subsanada por la interpretación hecha por la Suprema Corte de aquel país.[67]

En las Bases de Organización Política de la República Mexicana, del 12 de junio de 1843, se encuentra determinada la suspensión de algunas garantías en el artículo 198, para preservar la seguridad de la nación.[68] Previendo en el artículo 66 la posibilidad de que el Congreso ampliará las facultades del Ejecutivo, con sujeción al artículo 198, en los casos de invasión extranjera o sedición, mientras que en el artículo 198, se preveía una prohibición de suspender o aminorar las garantías individuales fuera de estos casos. En tanto, que el Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, de 15 de mayo de 1856, facultaba al ejecutivo para obrar discrecionalmente cuando así fuere necesario, a juicio del Consejo de Ministros, para defender la independencia o integridad del territorio o para sostener el orden establecido o conservar la tranquilidad pública; pero en ningún caso pudiendo imponer la pena de muerte, ni las prohibiciones del entonces artículo 55.[69]

La Constitución de 1857 varía esencialmente de los esquemas anteriores, ya que en su artículo 29 otorgaba una clara protección a los derechos relativos a la vida del hombre. Así, Mario de la Cueva elogió ampliamente dicho precepto y en especial este aspecto, ya que de no haberlo considerado el texto constitucional, se habría tratado —en opinión del maestro— de una

66 Montiel Argüello, Alejandro, "La suspensión de las garantías de los derechos humanos", *Revista Judicial*, Costa Rica, año XV, núm. 51, septiembre, 1990, p. 100.

67 *Ibidem*, p. 101. El caso histórico más relevante es el que se dio a principios de 1861, cuando empezaba la guerra civil, primero cuando Abraham Lincoln suspendió el *habeas corpus* en gran parte del país para después en 1862, hacer una suspensión general, acto que fue declarando como inconstitucional por la Suprema Corte, basándose en que el derecho a decretarla en forma general, residía en el Congreso, desde entonces, ningún presidente sin apoyo del Congreso ha decretado la suspensión, incluso en caso de guerra, sino siempre con el aval y ayuda del Congreso de los Estados Unidos.

68 *Idem.* El texto a la letra señala que: "Si en circunstancias extraordinarias la seguridad de la nación exigiere que toda la república o parte de ella, la suspensión de las formalidades prescritas en estas bases para la aprehensión y detención de los delincuentes, podrá el Congreso decretarla en determinado tiempo".

69 *Idem*, pp. 29 y 30.

auténtica supresión de garantías.[70] El texto constitucional de ese entonces no preveía el otorgamiento de facultades extraordinarias al Ejecutivo. Sin embargo, como afirma Tena Ramírez, varias cuestiones fueron quedando a la sombra llegándose a crear por medio de la jurisprudencia y la costumbre un derecho de suspensión consuetudinario.[71]

2. *La suspensión de garantías en la Constitución de 1917 y su aplicación durante la Segunda Guerra Mundial*

La última vez que en México se decretó una suspensión de garantías fue en 1942, durante la Segunda Guerra Mundial por el presidente Manuel Ávila Camacho.

Una de las principales características de sistema presidencial mexicano ha sido las amplias facultades que ha gozado el ejecutivo en el desarrollo de sus funciones, esto bajo una situación de normalidad. Poco conocidas y recordadas son, en cambio, las amplias facultades que gozó en ese entonces el presidente. Entre ellas encontramos las atribuciones en materias administrativa y fiscal.[72] Entre otras facultades también es pertinente señalar, las que se le otorgaron en materia civil, por ejemplo, en materia de arrendamiento, que tradicionalmente es legislada por cada entidad federativa de la República.[73]

En otras palabras, hablar de suspensión de derechos y garantías en México, se convierte en hablar de las facultades que le han sido otorgadas al presidente de la República, por ello a continuación analizaremos algunas de ellas cuyos casos llegaron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

---

70 Cueva, Mario de la, "La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad", *Pemex Lex*, México, núms. 131-132, mayo-junio, 1999, p. 57.

71 Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 33a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 233.

72 Véase: Tesis aislada. *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIV, sexta época, Pleno, p. 126. La Suprema Corte en esta resolución mencionaba que: "El decreto de 1o. de junio de 1942 que aprobó la suspensión de garantías, facultó en su artículo 4o., al Ejecutivo para imponer en los distintos ramos de la administración todas las modificaciones que fueron indispensables para la eficaz defensa del territorio nacional, de su soberanía y dignidad (*sic*) para el mantenimiento de sus instituciones fundamentales, y en su artículo 5o., lo facultó también para legislar en los distintos ramos de la administración, con sujeción a lo preceptuado en el artículo precedente".

73 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCIV, Sexta Época, Tercera Sala, p. 433.

A. *¿Temporalidad limitada?*

Al decretarse se dispuso que dicha suspensión duraría "todo el tiempo que México permanezca en estado de guerra con Alemania, Italia y Japón" y "que será susceptible de prorrogarse a juicio del Ejecutivo, hasta 30 días después de la fecha de cesación de hostilidades",[74] lo cual vendría a contradecir el texto constitucional, ya que la frase que limita en tiempo la suspensión es contundente al no permitir que ésta se extienda más de lo necesario, por tanto, inequívocamente, la suspensión de aquel entonces debió finalizar el 15 de agosto de 1945, sin discusión alguna y sin posibilidad de prórroga.

Cuando terminó la suspensión de derechos y garantías se disolvieron las facultades especiales del Ejecutivo, y por ser accesorias, se derogaron las leyes que fueron promulgadas en este periodo.

En materia penal indudablemente a las personas que hubiesen sido acusadas o sentenciadas por algún delito previsto por alguna ley expedida por el Ejecutivo se les dejaría en libertad o en su caso, el Estado no ejercitaría acción penal en su contra. Tal debió ser el caso del decreto del 7 de octubre de 1942, que estableció penas en que incurrirían los salteadores de caminos en despoblado. Una discusión diferente radicaría en si realmente ciertos tipos penales son necesarios independientemente de si nos encontramos en una situación de emergencia o no.

En materia civil y laboral, sería más complejo ya que se encuentran en disputa derechos de dos o más particulares (generalmente). En el primer caso, aunque suena inverosímil, se han llegado a poner en marcha medidas de carácter civil durante una suspensión de garantías en lo referente al arrendamiento en el Distrito Federal; concretamente, dichas disposiciones eran reguladas por el decreto del 10 de julio de 1942 previendo una congelación en las rentas en las habitaciones en el Distrito Federal; también se expidieron leyes por demás ridículas e innecesarias como la Ley General de Emergencia sobre Juegos y Apuestas, en cuyo considerando trata de justificar la instauración de esta ley en virtud de que el juego y las apuestas de azar, se consideraban "en extremo nocivos para la sociedad".[75] Sinceramente, no puede existir una explicación lógica y coherente de cómo con evitar los juegos de azar y las apuestas ayudarían a México en la guerra.

En materia laboral, también existe un ejemplo histórico concreto: la Ley de Transportes Urbanos para el Distrito Federal, del 2 de febrero de 1945, la cual permitió resolver la huelga declarada en contra de la Compa-

---

[74] Cueva, Mario de la, *op. cit.*, p. 63.

[75] *Ibidem*, p. 64.

ñía de Tranvías, mediante la ocupación de bienes de esa empresa,[76] mediante una figura similar a la requisa. Al volver a la normalidad, es de suponerse que los trabajadores recuperaron sus derechos sindicales íntegramente.

B. *Concentración de nacionales y extranjeros*

Es bien sabido que durante la ocupación nazi en Europa se instauraron campos de exterminio en contra de la población de origen judío, menos conocido es el hecho de que en Estados Unidos de América existieron campos de concentración, si bien no de exterminio, como los de los regímenes fascistas, si de exclusión y confinamiento[77]. Sin embargo, es aún menos conocido el hecho del confinamiento en las fronteras norte y sur, de ciudadanos civiles alemanes, italianos y japoneses en la república mexicana.

---

76 *Idem.*

77 En los Estados Unidos la orden ejecutiva 9066, del 19 de febrero de 1942, permitía a los secretarios de guerra y a los comandantes militares diseñar áreas para excluir personas de origen japonés, con ordenes de proveer en esas áreas transportación, comida y otros servicios. El 21 de marzo del mismo año el Congreso ratificó indirectamente la medida convirtiendo en un delito la violación a esta orden ejecutiva, lo que ocasionó que 112,000 personas, de las cuales las dos terceras partes eran ciudadanas estadounidenses, fueran recluidas en "centros de detención" que no constituían otra cosa que campos de concentración. El caso Hirabayashi llevó a la Suprema Corte concretamente dos disposiciones penales que eran objeto de sanción penal: la falta de registro de americanos de origen japonés para su traslado a un campo de detención y las faltas por no obedecer las previsiones militares para personas de raza japonesa en el estado de Washington. En una decisión por demás desafortunada la Suprema Corte decidió que dichas medidas eran pertinentes, lo cual avaló la acción del presidente al dictar dichas medidas aprobando a su vez la ratificación del Congreso, argumentando que por medidas de seguridad los ciudadanos estadounidenses de origen japonés debían someterse a este tipo de controles ya que constituían una amenaza a la defensa y seguridad nacional, las cuales demandaban medidas prontas y adecuadas para hacerles frente. Véase Hirabayashi *vs.* United States, 320 U.S. 81 (1943). El caso Korematsu, es aún más significativo, ya que al promulgarse las leyes y decretos respectivos, Korematsu —cuya lealtad al igual que la de Hirabayashi era incuestionable—, evadió la aplicación de la orden de exclusión, en una decisión con los mismos matices que la anterior, la Corte condenó al demandante. Véase Korematsu *vs.* United States, 323 U.S. 214 (1944). En el mismo tenor véase: Duncan *vs.* Kahanamoku, Sheriff, 327 U.S. 304 (1946).

El encargado de aplicar dichas políticas de exclusión fue el entonces gobernador de California, Earl Warren. Eventualmente, Warren fue nombrado presidente de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos por Eisenhower dando paso a uno de los periodos más lúcidos en la defensa de los derechos civiles en esa nación. Muchos especialistas destacan que los esfuerzos progresistas de Warren en la Corte se dieron a partir de su sentimiento de culpa por lo que había pasado en California en los años de la Segunda Guerra Mundial.

El artículo 11 de la Ley de Suspensión de Garantías, del 11 de junio de 1942 disponía en aquel entonces que:

> El Presidente de la República, con exclusión de toda otra autoridad, cualquiera que fuera su categoría, podría ordenar, mediante acuerdo por escrito, y mientras durará la suspensión de garantías, la concentración de tiempo indefinido, de extranjeros y aun de nacionales, en lugares determinados.

Hasta la fecha es indeterminada la cantidad de personas que sufrieron esta cuestionable medida.

La facultad para llevar a cabo la concentración era exclusiva del presidente de la República, la cual no era sometida a ningún tipo de control por parte de la autoridad judicial, ni por el Congreso de la Unión, siendo únicamente necesario expresarlo por escrito.[78]

También se previó la concentración no sólo de extranjeros, sino también de nacionales, negando cualquier recurso administrativo e incluso judicial por tiempo indefinido, restringiendo el derecho fundamental del artículo 14 constitucional. Es así como la Suprema Corte llegó a avalar estas prácticas por demás arbitrarias disponiendo lo siguiente:

> Concentración de extranjeros y de nacionales, en lugares determinados ley de prevenciones generales sobre suspensión de garantías. Las garantías consignadas en el artículo 14 de la Constitución federal, quedarán restringidas cuando el presidente de la república, con exclusión de toda otra autoridad, cualquiera que sea su categoría, ordene, mediante acuerdo por escrito y mientras dure la suspensión de garantías, la concentración por tiempo indefinido, de extranjeros y aún de nacionales, en lugares determinados.[79]

Resulta aberrante la estrechez del criterio de la Suprema Corte, aunque cabe señalar que en la actualidad existirían por lo menos dos nuevas razones legales para que disposiciones de este tipo no puedan surgir ante una emergencia: las opiniones consultivas de la Corte Interamericana que prohíben la suspensión del *habeas corpus* y otras garantías indispensables y las disposiciones de tratados internacionales sobre derechos humanos que protegen a los ciudadanos en contra de decisiones impregnadas de tal arbitrariedad.

---

[78] DETENCIÓN Y CONCENTRACIÓN, ES LA FACULTAD EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. (LEY DE SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS INDIVIDUALES). Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXXIII, Quinta Época, Primera Sala, p. 698.

[79] Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXXI, Quinta Época, Primera Sala, p. 4128.

C. *Materia civil y penal*

Las controversias que llegaron en estas materias fueron realmente pocas; en materia civil, se enfocaron principalmente a casos de arrendamiento, y en materia penal a conflictos de competencia entre entidades federativas, el Congreso de la Unión y el Ejecutivo. En aquel entonces la Suprema Corte permitió la libre tipificación de delitos por parte del Ejecutivo. En especial, resultan preocupantes las disposiciones que autorizaron en su momento al Ministerio Público a solicitar a la autoridad judicial que negara la libertad caucional a un indiciado si se tenía la sospecha que pudiese ser su libertad un peligro para la seguridad.[80]

La Suprema Corte señaló que el único facultado para dictar las prevenciones generales que reglamentan los términos de la suspensión de garantías individuales era el Ejecutivo, incluso en materia de arrendamiento, lo que eventualmente permitió que el entonces Presidente de la República emitiera un decreto en el cual se congelaban los montos de las rentas en el Distrito Federal.

> ARRENDAMIENTO, CONTRATOS DE, LAS LEGISLATURAS DE LOS ESTADOS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REGLAMENTAR LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, CON RELACIÓN A ESOS CONTRATOS. (LEGISLACIÓN DE DURANGO). De los términos del decreto del Congreso de la Unión, de primero de junio de mil novecientos cuarenta y dos, publicado en el Diario Oficial de dos de junio de mismo año, se desprende de manera clara, que únicamente se facultó al Ejecutivo de la Unión, para dictar las prevenciones generales que reglamentan los términos de la suspensión de garantías individuales. Ahora

[80] La Suprema Corte en la tesis SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS INDIVIDUALES, (LIBERTAD CAUCIONAL) dispuso que "Conforme el artículo 15, fracción I, de la Ley de Prevenciones Generales, relativa a la suspensión de garantías, de once de junio de mil novecientos cuarenta y dos, la consignada en el artículo 20, de la fracción I, de la Constitución Federal, cuando se trata de los delitos mencionados en el artículo 12 de aquella Ley, está sujeta a la restricción consistente en que no se decrete la libertad bajo fianza, en los casos en que, de concederse, pueda, a juicio del agente del Ministerio Público federal, ser perjudicial para la defensa nacional o para el orden público, y entre los delitos a que se refiere el citado artículo 12, están los de asociación delictuosa, rebelión, y resistencia por medios de las armas a la fuerza federal, casos en los cuales es procedente negar la libertad caucional, bastando para ello la petición del agente del Ministerio Público, independientemente de que su pedimento puede o no, ser recurrido por los quejosos, ante el ciudadano procurador general de la República, pues este hecho, depende de la voluntad de los agraviados, en nada influye respecto de la restricción de la garantía de la libertad bajo de fianza, entretanto no sea revocado por el procurador general de República, el citado pedimento." Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXIII, Quinta Época, Primera Sala, p. 7392.

bien, el decreto expedido por la legislatura del estado de Durango, por el cual se ordenó la prórroga de los contratos de arrendamiento vigentes para casas, locales y viviendas destinadas para habitación, y se previno que los juicios de desocupación por terminación del contrato de arrendamiento, que estén pendientes al entrar en vigor ese decreto, se darán por concluidos, de hecho está reglamentando la suspensión de garantías, puesto que se modifican los derechos de propiedad garantizados por el artículo 27 constitucional, por lo que es indudable que la indicada legislatura no tuvo facultades constitucionales para legislar en semejante materia; de manera que debe estimarse que la expedición y la promulgación de ese decreto, son violatorias de garantías en perjuicio del quejoso, al serle aplicadas a éste; las disposiciones del referido decreto, en el juicio sumario de desocupación seguido por el propio quejoso.[81]

D. *Garantías judiciales en tiempos de suspensión*

Uno de los temas menos conocidos dentro del constitucionalismo mexicano durante la última suspensión de garantías fue el de la falta de garantías efectivas para combatir los decretos del Ejecutivo por medio del juicio de amparo, ya que de una revisión de los casos de la época, podemos percatarnos, no sólo del increíble porcentaje de casos decididos a favor del gobierno y en contra de los quejosos, sino de las causales de improcedencia establecidas por la misma Corte, que hicieron muy difícil, si no imposible, que la gran mayoría de la población tuviese por lo menos esperanza de obtener algún éxito en contra de una ley o decreto que suspendiera garantías de forma injustificada y arbitraria.

Durante la suspensión de derechos y garantías en nuestro país, en los años cuarenta, no sólo podemos hablar de la inexistencia de sistemas de tutela efectiva, sino que debemos incluso mencionar que los sistemas existentes en aquel entonces fueron abolidos, en este caso nos referimos concretamente al juicio de amparo, ya que la ley de suspensión de garantías era inmune a esta institución.[82] Lamentablemente, así lo ratificó la Suprema Corte que en aquel entonces adoptó el siguiente criterio bajo argumentos poco convincentes.

---

81 Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXXV, Quinta Época, Tercera Sala, p. 105.

82 El artículo 18 de la Ley de Prevenciones Generales, relativa a la suspensión de garantías individuales, del 11 de junio de 1942, textualmente previene: "No se dará entrada a ninguna demanda de amparo en que se reclame alguna disposición de las Leyes de Emergencia o algún acto derivado de las mismas".

> Suspensión de garantías individuales. El artículo 18 de la Ley de Prevenciones Generales, relativa a la suspensión de garantías, de once de junio de mil novecientos cuarenta y dos, determina que cuando se hubiesen admitido alguna demanda de amparo, en que se dé apariencia diversa al acto reclamado, debe sobreseerse en el juicio, tan luego como se tenga conocimiento, por virtud del informe de una autoridad federal, que el acto se encuentra fundado en la citada ley...[83]

Esta interpretación era hasta cierto punto matizada por la misma resolución de la Corte que disponía que era necesaria la adecuada fundamentación en dicha ley: "...pero si de ese mismo informe se desprende, que el acto no está fundado en la repetida ley, sería absurdo sobreseer en el juicio, por la simple afirmación de la autoridad informante, de que el caso debe ser considerado como comprendido en la Ley de Prevenciones Generales...".[84]

Ante esta disposición resultaba obvio que la autoridad iba a tratar de enmarcar perfectamente el acto dentro de la Ley de Suspensión, teniendo ante ello el quejoso ningún medio de defensa jurisdiccional posible, ya que incluso la facultad investigadora de la Corte no era efectiva. A todas luces resulta inconstitucional la redacción de la propia ley y aún más su interpretación, al autorizar que dichos actos de autoridad no debían estar fundados y motivados propiamente, siendo en esto muy explícita la Corte al mencionar que:

> El artículo 18 de la Ley de Prevenciones Generales, relativo a la suspensión de garantías, de modo terminante previene que no se dé entrada a ninguna demanda de amparo en que se reclame alguna disposición de las leyes de emergencia o un acto derivado de las mismas, y que cuando se hubiere admitido alguna demanda en que se dé apariencia diversa al acto reclamado, deberá sobreseerse en el juicio, tan luego como se tenga conocimiento, a virtud de informe de autoridad federal, de que tal acto se encuentra fundado en las citadas leyes, debiéndose, si se hubiera dictado auto de suspensión provisional o definitiva, revocarse de plano y sin recurso alguno. Ahora bien, como es indiscutible que un juez de distrito y el agente del Ministerio Público a él adscrito, tiene el carácter de autoridades federales, si ellas informan que los delitos que se atribuyen a los quejosos y por los cuales se les mandó aprehender, están comprendidos en el artículo 7o., de la Ley Reglamentaria del artículo 1o. de la Ley de Prevenciones Generales, relativo a la suspensión de garantías individuales, el juzgado de distrito que hubiese admitido la de-

[83] Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXVII, Quinta Época, Primera Sala, p. 4619.

[84] *Idem*.

manda de amparo, obra legalmente al sobreseer en el juicio, revocando la suspensión concedida...[85]

En la actualidad, —como hemos tratado de hacer énfasis— dichas resoluciones y criterios serían eventualmente inaplicables en nuestro país, debido a los criterios de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que prevé que en situaciones de crisis, no es dispensable la garantía de protección de *habeas corpus,* y al igual que otras garantías indispensables como el Estado de derecho. Éste es un criterio importante que sienta un buen precedente en la materia y que es obligatorio para el Estado mexicano (véase *supra*).

E. *Vuelta a la normalidad*

El tránsito del derecho de excepción al derecho de la normalidad en la última suspensión de derechos y garantías en México no fue menos complicado.[86]

Los problemas fueron variados; no obstante, el caso más lamentable fue el de los conflictos y confusiones que se generaron después de terminada la Segunda Guerra Mundial y el hecho de que la suspensión de derechos y garantías siguió surtiendo efecto.

En materia penal, resulta al menos cuestionable que se siguieran aplicando normas de emergencia aún en tiempos de normalidad, como fue el caso de disposiciones que siguieron surtiendo efecto inmediatamente después de terminada la guerra. Varios criterios de la Suprema Corte avalaron esta situación.

> COMPETENCIA EN MATERIA PENAL, TRATÁNDOSE DE PROCESOS PENDIENTES AL LEVANTARSE LA SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS. (LEGISLACIÓN DE EMERGENCIA). Por el hecho de que las leyes de emergencia, de carácter penal, hubieren sido derogadas, no puede admitirse que hayan desaparecido los hechos delictuosos que se previeron y penaron por tales leyes y por lo mismo, hubieren dejado de tener el carácter de delitos, ya que, por el contrario, al establecerse en la fracción I del artículo 11, del Decreto de veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, que las autoridades judiciales

[85] SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, SOBRESEIMIENTO DEL AMPARO PEDIDO CONTRA LAS LEYES DE EMERGENCIA, Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. LXXVI, Quinta Época, Primera Sala, p. 3389.

[86] Cueva, Mario de la, *op. cit.*

> del fuero federal, continuarían conociendo de los procesos [87]relativos, esta disposición revela que esos delitos seguirían siendo sancionados conforme a aquellas leyes, pero con las salvedades de procedimientos y de aplicación de penas que el mismo artículo 11 se señalaron en forma expresa. En consecuencia, con el mismo criterio, debe declararse que la competencia que se dirime radica en el juez federal.

La mayor parte de los criterios de la época se enfocan, como en el caso anterior, a la distinción de competencias que imponía la legislación de emergencia. También, la Suprema Corte emitió varias sentencias validando la aplicación de esta legislación después de levantada la suspensión de garantías.

> Legislación de emergencia aplicación de la, después de levantada la suspensión de garantías. El artículo 11 del decreto que levantó la suspensión de garantías, decretada el primero de junio de mil novecientos cuarenta y dos, establece que no obstante lo dispuesto en el artículo 2o., se observarán, respecto de los delitos cometidos durante el estado de suspensión de garantías y bajo la vigencia de la legislación de emergencia, entre otras prescripciones, las siguientes: "las averiguaciones previas y los procesos pendientes se seguirán tramitando por la autoridad a quienes dio competencia aquella legislación"; lo que significa que la ley, en forma expresa, determina que continúe conociendo del proceso la autoridad federal, sin que en la especie se pueda afirmar que dicho artículo es inconstitucional, porque haya vuelto al país el orden constitucional, ya que mientras no se establezca y decida por la suprema corte una controversia al respecto, no se puede hacer tal declaración en forma apegada a la ley fundamental de la República.[88]

Debemos poner especial atención a esta situación ya que no sólo se repitieron dichas irregularidades en materia penal, sino también en materia fiscal y laboral, donde gran parte de la legislación de emergencia pasó con aprobación del Congreso a constituir leyes aplicables a la normalidad.[89]

Por último, resulta desafortunado que el decreto de 28 de septiembre de 1945 que levantó la suspensión de garantías en nuestro país (siendo que la

---

[87] Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CI, Quinta Época, Pleno, p. 2232.

[88] Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCIII, Quinta Época, Pleno, p. 326.

[89] *Cfr.* En materia hacendaria, Suspensión de garantías, refrendo del decreto que la levantó, Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXXIV, Quinta Época, Segunda Sala, p. 604. En materia laboral, Suspensión de garantías, refrendo del decreto que la levantó el estado de, y que ratificó, con el carácter de ley ordinaria, la de compensaciones de emergencias al salario insuficiente, Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XCIII, Quinta Época, Pleno, p. 326.

guerra finalizó el 15 de agosto de ese año), no se le haya considerado como autoaplicativo, sino de carácter heteroaplicativo.[90]

3. *La inaplicación del artículo 29 constitucional en materia de suspensión de garantías y su sustitución por otros mecanismos ordinarios*

Actualmente la suspensión de garantías sigue regulada por el artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este precepto ha sufrido cuatro reformas desde 1917. La primera del 21 de abril de 1981, la segunda del 2 de agosto de 2007, la tercera y tal vez la más importante, del 10 de junio de 2011, y la última del 10 de febrero de 2014.

Sin embargo, es al menos peculiar tomar en cuenta que este mecanismo extraordinario no se ha puesto en marcha desde 1942. Esto no significa que en la historia reciente del país no fuese necesario hacer uso de las herramientas que ofrece una suspensión de garantías constitucional. En todo caso, la desaparición de esta figura en la práctica constitucional mexicana probablemente sea porque dentro de la normatividad de la normalidad se han ido incorporando gradual, pero decididamente, herramientas que en otros Estados constitucionales se encuentran reservadas a facultades extraordinarias y excepcionales.

Al respecto, cabría citar tres escenarios en donde facultades que pareciesen estar reservadas a la excepcionalidad pueden ser puestas en marcha por el Ejecutivo federal en el marco de una normalidad "formal" ante emergencias declaradas de *facto*. Sin que esta lista sea de ninguna manera excluyente de otros temas y circunstancias de lo más variadas encontramos como muestra:

- El uso del Ejército en caso de desastres naturales.
- El uso de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública.
- Las facultades del Poder Ejecutivo en materia de emergencias sanitarias para restringir derechos.

[90] SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS, EL DECRETO QUE LA LEVANTÓ, NO ES DE INMEDIATA EJECUCIÓN, Tesis aislada, *Semanario Judicial de la Federación*, t. CXII, Quinta Época, Segunda Sala, p. 586. Expresa textualmente que: "El decreto de veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, no es de carácter autoaplicativo pues no reúne los requisitos excepcionales necesarios para ello, ya que no comprende a personas determinadas por circunstancias concretas, único caso en que la ley o disposición legal debe considerarse autoaplicativa".

A. *El uso del Ejército en caso de desastres naturales*

En cuanto al primer punto habría que mencionar que al Ejército, desde hace varias décadas, se le ha incluido en tareas de protección civil por medio del denominado "Plan DN-III E". Dicho Plan tiene sus antecedentes en directivas que se remontan a los años sesenta cuando fueron creadas por el entonces presidente Gustavo Díaz Ordaz para atender una emergencia en los estados de Veracruz y Tamaulipas, la evidente falta de un organismo específico que acudiera de inmediato al auxilio de los habitantes de las zonas afectadas, originó que el gobierno de la República girara instrucciones para que la Secretaría de la Defensa Nacional procediera a elaborar un Plan, a fin de garantizar la oportuna asistencia a las poblaciones afectadas por diversos tipos de desastres naturales.[91] El Plan así, desde un principio se articuló en dos fases: la de prevención y la de auxilio.

Comentar sobre el Plan DN-III E en definitiva no es sencillo, ya que existe un desconocimiento general sobre cuáles son sus directivas específicas. El desconocimiento sobre el mismo en una situación de crisis puede generar un gran caos como sucedió en el sismo en la ciudad de México en 1985, donde existió una completa descoordinación por parte de las autoridades y en donde nadie sabía con exactitud en qué consistía este Plan.[92]

Si bien, el Plan ha ayudado a muchas personas en situaciones de desastre, la incursión de las fuerzas armadas en tareas de protección civil ante una catástrofe natural parece contraria al texto de la misma Constitución que prohíbe el uso de las Fuerzas Armadas en tiempos de paz, según lo dispone su artículo 129. Sin embargo, parecería necesaria una clara regulación constitucional en esta materia para darle certeza a la labor institucional que se realiza en el territorio nacional con bastante frecuencia.[93]

---

[91] Con el Plan DN-III-E, se atiende a las poblaciones afectadas por Fenómenos perturbadores tales como sismos, actividad volcánica, tormentas, huracanes, inundaciones, deslaves, bajas temperaturas, heladas y nevadas, incendios, fugas y derrames de sustancias peligrosas, explosiones; accidentes aéreos, terrestres, marítimos y fluviales.

[92] Hernández, Bolivar, "¿En dónde está la ayuda internacional?" , *La Jornada*, 28 de septiembre de 1985, p. 7: "No obstante el auxilio enviado por varios países, la mayoría de los afectados por el terremoto están desamparados. Miles han improvisado viviendas en la calle. Falta coordinación y el plan DN-III resultó ser un operativo militar reducido". En el mismo sentido Michelena, Margarita, "Nueva conciencia", en *Excelsior* 7 de octubre de 1985, secc. A, p. 7: "El temblor del 19 de septiembre no sólo sacudió la tierra. También sacudió la conciencia ciudadana ante la ineptitud oficial, ya no para remediar en lo posible los efectos del desastre, sino para haberlos prevenido con algo más que el 'misterioso' Plan DN-III".

[93] Sobre el funcionamiento especifico del Plan véase Cienfuegos Salgado, David. "Las fuerzas armadas y la protección civil: el plan DN-III", en Salgado Cienfuegos, David y Luna

B. *El uso de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública*

En lo que respecta al uso de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, la controversia respecto a este punto se dirimió judicialmente en la acción de inconstitucionalidad 1/96, promovida por un grupo de diputados.

La *litis* versó principalmente sobre la constitucionalidad de las fracciones III y IV del artículo 12 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, que según los recurrentes violaba el artículo 21 constitucional. Los diputados argumentaban que en dicho precepto no se establecía la participación de las secretarías de la Defensa Nacional ni de Marina en tareas de seguridad pública, consistiendo por tanto en una violación a la Constitución el hecho de que se les incluyera en el artículo 12 de la Ley Reglamentaria del Sistema Nacional de Seguridad Pública como miembros del Consejo Nacional. También se argumentaba que carecía de justificación y sustento dicha disposición, ya que el propósito de la misma era lograr la coordinación de cuerpos policíacos y de autoridades encargadas de la prevención y persecución de los delitos, y no la inclusión de dos instituciones cuyos objetivos eran diversos, con lo cual se conformaba "una amalgama confusa" (*sic*), que se podía calificar de "riesgosa" (*sic*) y evidentemente al margen del precepto fundamental ya citado. La Suprema Corte de Justicia de la Nación estimó que el texto constitucional no señalaba a ninguna dependencia u organismo ni para incluirlos ni para excluirlos, por lo que válidamente se podía inferir que ello se dejó al legislador ordinario. Siendo que claramente se preveía en el párrafo anterior al aludido que dichas actividades a favor de la seguridad pública serán especificadas constitucionalmente.

En su segundo concepto de invalidez, los legisladores promoventes de la acción de inconstitucionalidad argumentaron que las fracciones III y IV del artículo 12 de la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, contravenía lo dispuesto en el artículo 129 constitucional, al usurpar el Ejército, Armada y Fuerza Aérea, funciones que corresponden únicamente a las autoridades civiles.

Al respecto, la Corte consideró que no se transgredía al artículo 21 constitucional al integrarse el Consejo Nacional de Seguridad Pública con los secretarios de Marina y Defensa Nacional, porque este órgano, según los ministros, administrativamente no tenía facultades ejecutivas.

Canales Armando (coords.), *Protección Civil. Régimen Jurídico de la Protección Civil en México,* El Colegio de Guerrero, 2011, pp. 15 y ss.

Esta posición inicial es complementada con el argumento de que no debían identificarse al Ejército, Armada y Fuerza Aérea con las secretarías de Defensa Nacional y Marina, pues, por una parte, éstas tienen funciones que van más allá de las militares, como se desprendía de los artículos 29 y 30 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que establecen una gran variedad de funciones. Así, para determinar el alcance del artículo 129 constitucional, se acudió a sus antecedentes en la solemne Sesión del Constituyente de 1857, del 13 de agosto de 1856. Los ministros concluyeron que: "La intención del legislador Constituyente se dirigió a establecer que cuando se invoque la necesidad de contar con el apoyo de la fuerza militar ésta pueda actuar en apoyo de las autoridades civiles".

Aun llegó la Suprema Corte más lejos al interpretar armónicamente el primer párrafo del artículo 16 constitucional y los artículos 1o. y 3o. de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y 1o. y 2o. de la Ley Orgánica de la Armada de México aduciendo que:

> La interpretación armónica del primer párrafo del artículo 16 de la carta magna, con los preceptos legales reproducidos anteriormente, lleva a la conclusión de que dentro de nuestro sistema jurídico el Ejército, Fuerza Aérea y Armada de México son competentes para intervenir en labores de seguridad interior, auxiliar a la población civil en casos de necesidades públicas, realizar acciones cívicas y obras sociales, en caso de desastres prestar la ayuda para el mantenimiento del orden, auxilio de las personas y sus bienes y la reconstrucción de las zonas afectadas, coadyuvar en la vigilancia de los recursos del país y otras funciones que claramente trascienden el contenido de un concepto limitado y estrecho de "disciplina militar". Las Fuerzas Armadas se encuentran al servicio de la sociedad mexicana, no sólo porque sus misiones generales están íntimamente vinculadas a su seguridad, sino porque ello implica necesariamente, como se afirmó, el respeto a las garantías individuales de los gobernados.

Asimismo, la Suprema Corte estimó que "el Ejército, Armada y Fuerza Aérea no sólo podrán actuar cuando se quebrante la paz por un conflicto con una potencia extranjera, sino también para salvaguardar la seguridad interior del país". Sin embargo, en ningún momento definen qué es seguridad interior y sus diferencias o similitudes entre ella y la seguridad pública, tampoco se esgrime algún argumento o intento de definición sobre cuáles son las funciones que tienen conexión exacta con la disciplina militar, aun así, se mencionó lo siguiente:

> De la interpretación armónica de la fracción VI del artículo 89 con el numeral 129 en análisis, se desprende que dentro de las funciones que tienen conexión exacta con la disciplina militar a las que se refiere el último numeral, se encuentran la de auxiliar a las autoridades civiles cuando, por las circunstancias del caso, requieren de la fuerza militar para salvaguardar la seguridad interior de la Nación.

Lo anterior es matizado dándole un carácter primordial a las autoridades civiles:

> Es preciso insistir en que, derivado del origen histórico del artículo 129 constitucional, salvo la situación excepcional de suspensión de garantías, en todo caso y bajo cualquier circunstancia, las Fuerzas Armadas no pueden actuar automáticamente, sino en estricto auxilio a las autoridades civiles y siempre y cuando se solicite expresamente su apoyo.

Todas estas consideraciones llevaron a la Suprema Corte a afirmar que las funciones que tienen exacta conexión con la disciplina militar no se circunscriben necesariamente a las funciones militares como a continuación se transcribe:

> Consiguientemente, las funciones que tienen exacta conexión con la disciplina militar a las que se refiere el artículo 129 constitucional, van más allá de las labores internas de la vida militar y se circunscriben necesariamente a cumplir con las facultades y funciones que el código político y las leyes emanadas de éste, asignan al Ejército, Armada y Fuerza Aérea nacionales, dentro de las cuales se encuentra la de auxiliar a las autoridades civiles con el uso de la fuerza de la que disponen en labores relacionadas directa o indirectamente con la seguridad pública y con las limitaciones estrictas que establece nuestro régimen jurídico.

De dicha ejecutoria se derivaron las tesis aisladas 25, 26, 27, 28, 29 y 30 de 1996, las cuales se publicaron como tesis jurisprudenciales 34, 35, 36, 37, 38 y 39 de 2000. Concretamente, a partir de esta resolución, la Suprema Corte llegó a las siguientes consideraciones:

1. La determinación de cuáles son las funciones del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, por medio del estudio sistemático de la Constitución y, por lo mismo, la comprensión de las garantías individuales y de la seguridad pública, conforme al régimen jurídico entonces vigente.
2. Que la realización de la seguridad pública presupone el respeto al derecho y en especial de las garantías individuales.

3. Que el Ejército, Fuerza Aérea y Armada, si bien pueden participar en acciones civiles en favor de la seguridad pública en situaciones en que no se requiera suspender las garantías ello debe obedecer a la solicitud expresa de las autoridades civiles a las que deberán estar sujetos, con estricto acatamiento a la Constitución y a las leyes.
4. Que el Ejército, Fuerza Aérea y Armada pueden actuar acatando órdenes del presidente, con estricto respeto a las garantías individuales, cuando sin llegarse a situaciones que requieran la suspensión de aquéllas, hagan temer, fundadamente, que de no enfrentarse de inmediato sería inminente caer en condiciones graves que obligarían a decretarla.
5. Que la participación en auxilio de las autoridades civiles del Ejército, Armada y Fuerza Aérea es constitucional (interpretación del artículo 129 de la Constitución).
6. Que la participación de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública, no viola el artículo 21 constitucional.

C. *Las facultades del Poder Ejecutivo en materia de emergencias sanitarias para restringir derechos*

El último supuesto se relaciona con las facultades del Poder Ejecutivo en materia de emergencias sanitarias. Estas disposiciones, vigentes en la Ley General de Salud, tuvieron aplicación en la emergencia sanitaria de abril de 2009 provocada por el inesperado brote de la influenza AH1N1.

En el decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica se contemplaron disposiciones que en muchos países democráticos sólo se podrían tomar bajo un régimen de suspensión de garantías.

En el artículo segundo del decreto se contemplaba que la Secretaría de Salud, con el propósito de combatir la epidemia y cuando lo estimará pertinente, implementaría de manera inmediata en las regiones afectadas de todo el territorio nacional, acciones como las siguientes:

- El aislamiento de personas que puedan padecer la enfermedad y de los portadores de gérmenes de la misma, por el tiempo que resulte estrictamente necesario, así como la limitación de sus actividades,

cuando así se amerite por razones epidemiológicas (fracción I).

- El ingreso a todo tipo de local o casa habitación para el cumplimiento de actividades dirigidas al control y combate de la epidemia (fracción IV).
- Ordenar las medidas atingentes a fin de evitar congregaciones de personas en cualquier lugar de reunión, incluyendo la clausura temporal de locales o centros de espectáculo (fracción VIII).
- La encomienda a las autoridades federales, estatales y municipales, así como a los profesionales técnicos y auxiliares de las disciplinas para la salud, el desempeño de las actividades que estime necesarias (fracción IX).
- La regulación del tránsito terrestre, marítimo y aéreo, así como disponer libremente de todos los medios de transporte de propiedad del Estado y de servicio público, cualquiera que sea el régimen legal a que estén sujetos estos últimos (fracción X).
- La utilización libre y prioritaria de los servicios telefónicos, telegráficos y de correos, así como las transmisiones de radio y televisión, estableciendo las directrices informativas necesarias a fin de transmitir clara y oportunamente las medidas que se adopten para afrontar la contingencia (fracción XI).

Estas medidas, que sin duda en un tipo de emergencia como la que se presentó se encontrarían justificadas, deben estar respaldadas por un marco constitucional que otorgue certeza a los individuos que habitamos este país. Estas previsiones ¿no hubiese sido conveniente que se instauraran bajo un régimen de suspensión de garantías con el control del Congreso de la Unión y la supervisión internacional que se contempla en el artículo 27 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos?

V. EL NUEVO RÉGIMEN DE SUSPENSIÓN DE GARANTÍAS A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE JUNIO DE 2011

El 11 de junio de 2011 se llevó a cabo la reforma más importante en materia de derechos humanos a nuestra Constitución desde su creación en 1917. Dicha reforma, que introdujo el concepto de derechos humanos en lugar del de garantías individuales también modificó el artículo 29 constitucional. Adi-

cionalmente, como se comentaba líneas arriba, se reformó el 10 de febrero de 2014, para así dejar el texto constitucional como sigue:

> Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquél no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde.
>
> En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
>
> La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.
>
> Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.
>
> Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

Así el nuevo texto constitucional del artículo 29 contempla:

— Una lista de derechos no derogables bajo ninguna circunstancia.
— Una serie de principios en los que debe estar fundada y motivada la suspensión.
— La facultad de Congreso de la Unión para revocar el decreto de suspensión de garantías.
— El control judicial abstracto por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
— La obligación de promulgar una Ley Reglamentaria en la materia (según el artículo cuarto transitorio de la reforma de junio de 2011).

Sin perjuicio de la importancia de todos los puntos, el último merecería una mención especial. La legislación secundaria en la materia tendría necesariamente que tener una redacción clara y concisa que no pudiera prestarse a malas interpretaciones, es, en efecto, un asunto de técnica legislativa. La redacción actual del artículo 29 es por demás ambigua, por ejemplo, se refiere a términos como “perturbación grave de la paz pública”, “peligro”, “conflicto”.

Los requisitos mínimos que deberá incluir una legislación para regular las situaciones de emergencia en México son los siguientes:

— Poseer una redacción clara y concisa.
— Prever un régimen diferenciado para dar solución a diversas emergencias por distintos medios.
— Contemplar el cumplimiento de las obligaciones internacionales.[94]
— Regular las funciones de las Fuerzas Armadas.
— Desarrollar los principios rectores de la suspensión constitucionalmente previstos.

En muchas legislaciones en el derecho comparado se da el caso de que la legislación secundaria es la encargada de llevar a cabo la división del régimen diferenciado de suspensión de garantías, en nuestro caso sería muy conveniente dividir básicamente en tres tipos de situaciones a tratar:

---

[94] Sobre todo en lo dispuesto *inter alia* por el artículo 27.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que dispone: “Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados partes en la presente Convención, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

1. Emergencias causadas por fenómenos naturales que pongan en peligro a la población de una determinada parte del país, que en su caso impliquen la suspensión o restricción de ciertos derechos para hacerles frente.
2. Emergencias causadas por graves problemas de seguridad pública, como serían el caso de disturbios callejeros a gran escala, implicando la suspensión de algunos derechos en relación con la libertad de tránsito.
3. Emergencias generadas por una situación de tipo militar que conlleven el uso del ejército para repeler una invasión o acción armada, de acuerdo a la definición dada por el derecho internacional humanitario.

Por una parte es evidente que la reformulación del precepto en los términos antes descritos sería de gran ayuda, pero de poco o nada servirá si no se da en el contexto de un gran debate nacional en torno a los alcances de las facultades que actualmente tiene el Ejecutivo federal que pueden llegar a abarcar circunstancias en las que verdaderamente debería operar una suspensión de garantías.

Despuoy, propone una serie de principios regulatorios para que el derecho de excepción sea eficaz y a la vez respete los diversos órdenes constitucionales nacionales democráticos y cumpla con los estándares mínimos internacionales, por lo cual, prevé que en caso de que se origine una suspensión de derechos y garantías:

- Se lleve a cabo una declaración oficial, de manera pública.
- Se ajusten las medidas a un marco jurídico previamente establecido, con mecanismos de control a la actividad de las autoridades de aplicar las medidas restrictivas de derechos así como las que tengan que enfrentar el problema.
- Se adopten dicha medidas con un carácter temporal definido.
- Sean para hacer frente a una amenaza excepcional, a la cual no se le pueda hacer frente con el marco jurídico ordinario.
- Que las medidas sean proporcionales a la emergencia.
- No siendo discriminatorias para ningún grupo social.
- Siendo compatibles, concordantes y complementarias a las diversas normas de derecho internacional que regulan la suspensión de derechos y garantías.[95]

[95] Véase Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en el paradigma neoconstitucional*, México, Oxford University Press-Universidad Olmeca, 2010, pp. 47 y ss.

VI. Reflexiones finales

A manera de reflexión final, se debe tomar en cuenta que el rol de la figura constitucional de suspensión de garantías se ha encontrado determinado en México a partir de su régimen político que ha girado en torno a la figura del presidente de la República. Estas facultades, que incluso Jorge Carpizo llegó a calificar como "metaconstitucionales", a lo largo de la vigencia de la Constitución de 1917 se fueron ensanchando e incluso legítimando judicialmente. Dentro de esas amplias facultades se encontraban aquellas que correspondería usar dentro de una suspensión de garantías.

Desafortunadamete, una revisión de este tema no se ha realizado con la amplitud necesaria y todavía no ha sido expedida una ley reglamentaria en la materia por el Congreso de la Unión (a pesar del mandato constitucional). Sin embargo, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 es una oportunidad para "reconstruir" esa figura de nuestro constitucionalismo. La reforma sin duda da una función importante al Poder Legislativo para regular esta figura, así como a la Suprema Corte de Justicia de la Nación para controlar situaciones concretas en que la misma sea necesaria. De nuestros legisladores dependerá mucho que esta institución realmente pueda funcionar y refundarse en nuestro constitucionalismo con todos los sistemas de control judicial y políticos requeridos tanto en el ámbito nacional como internacional propios de cualquier Estado democrático y constitucional.

Reflexiones actuales respecto al juicio de amparo en México

LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS Y LAS ACCIONES EN SU TUTELA*

María del Pilar HERNÁNDEZ**

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*. II. *La reforma constitucional 2010 y las leyes de desarrollo*. III. *Y llegó el amparo colectivo*. IV. *Corolario*.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El siglo en que vivimos ha experimentado el tránsito inexorable del Estado liberal individualista al Estado social de derecho, producto de grandes transformaciones económicas, políticas y sociales, de las que el derecho patrio no ha escapado, remontando, incluso, la labor del Constituyente de 1917.

Hemos asistido, inopinadamente, a profundas reformas constitucionales y legales que, en el tema de mérito, van desde el reconocimiento de la existencia de intereses difusos y colectivos, pasando por la apertura legitimadora y tuitiva de éstos hasta, finalmente, llegar a la positivación del amparo colectivo. Pero la gran duda que me asalta es la profunda incomprensión del legislador nacional y por qué no decirlo, del mismo tribunal pleno de la Suprema Corte de Justicia al no dar cabal respuesta a la tutela de los intereses difusos y colectivos.

Resulta innegable el reconocimiento que las nuevas fuerzas sociales que emergen en el contexto mundial tienen como base la extensión de los derechos que se producen en el Estado de bienestar;[1] esencialmente en los textos

* Nota de los coordinadores: este artículo es una actualización que hizo la autora del capítulo primero, "El estado social", del libro *Mecanismos de tutela de los intereses difusos y colectivos*, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas en 1997.

** Investigadora Titular C, definitiva de tiempo completo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, correo electrónico: mphm@unam.mx

[1] En el desarrollo del trabajo utilizaremos indistintamente los conceptos de Estado social de derecho y Estado de bienestar, sin dejar de ver sus respectivas diferencias. Véase Gar-

constitucionales, las leyes, los reglamentos o bien, de creación pretoriana; sin embargo, lo que no resulta claro es que estas mismas fuerzas sociales sean capaces de asegurar que los derechos instituidos a su favor sean en la práctica garantizados.

Ante esta realidad los grupos sociales desprotegidos (pobres, minorías varias: raciales, religiosas, étnicas, entre otras; arrendatarios, asalariados, y, cada vez más, personas que son portadoras de intereses difusos, tales como los defensores del medio ambiente o los consumidores, etcétera), plantean el requerimiento de los instrumentos de política legislativa, acción administrativa y función jurisdiccional que posibiliten que aquéllos derechos establecidos en su favor no queden en letra muerta.[2]

Las exigencias *supra* señaladas llevan necesariamente al planteamiento de los problemas atingentes a la igualdad, al derecho de acción y, sobre todo, al tema del acceso a la justicia. Parece claro que el paso necesario de la igualdad ante la ley a la igualdad en la justicia no es suficiente; para poder decir que cada uno puede hacer valer sus derechos, es imperativo el que exista una justicia accesible y efectiva para todos en plena era de igualdad sustancial.

1. *Del Estado liberal individualista al Estado social de derecho*

Con la configuración y positivación del Estado social de derecho, como consecuencia ineludible de los fenómenos sociales, políticos y económicos que se dan durante la primera y, sobre todo, la Segunda Guerra Mundial, se hace manifiesta la superación misma de algunos elementos del Estado de derecho.[3]

---

cía Pelayo, Manuel, "El Estado social y sus implicaciones", en *Las transformaciones del Estado contemporáneo,* Madrid, Tecnos, 1977, p. 14.

2 Cappelletti, Mauro (coord.), *L'accès a la justice et État providence,* París, Económica, 1984, p. 33.

3 En cuanto a la transformación sufrida en el esquema propio y originario del Estado de derecho, *Cfr*. Vergara, Vicenzo, *Lo Stato di diritto en evoluzione,* Padova, CEDAM, abril-junio, 1983.; Kant, Emmanuelle, *Stato di diritto*. Roma, 1978. pp. 61 y ss.; Ruggiero, Guido de, Historia del liberalismo europeo*;* trad. de Adolfo Posada, Madrid, Editorial Pegaso, 1942; Treves, G., "Considerazioni sullo Stato di diritto", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, núm. 3. 1959; García Pelayo, Manuel, *op. cit.;* García Pelayo, Manuel, "El estatus del Tribunal Constitucional", *Revista de Derecho Constitucional*, núm. 1, vol. I.

Es esencialmente en el ámbito de los derecho fundamentales[4] donde el sistema decimonónico se ve aventajado por los requerimientos propios de efectividad y garantías consagradas en la Constitución.[5]

La versión lineal de un Estado como simple administrador pasivo e inerte como vigilante nocturno (*night watchman*) —diría Lasalle— ha debido replegarse ante la nueva visión de los derechos fundamentales que ya no se conciben más como límites al poder del Estado, propios de una sociedad autoregulada, sino como derechos orientados con criterios positivos de acción y participación de los operadores jurídicos.

Resulta indudable que a esta nueva orientación de los derechos fundamentales, contribuye la consagración y la puesta en eficacia de un tipo de derechos: los económicos, sociales, cultuales y ambientales que, al lado de los clásicos derechos individualistas del liberalismo burgués,[6] pugnan porque se les dé plena realización.

Al decir de Constantino Mortati, es precisamente la aparición y consagración, a nivel fundamental, de los derechos sociales, la que ha dado lugar a la calificación del Estado como social.[7] Los derechos de tal naturaleza tienden a procurar, mediante su ejercicio, una real y plena igualdad entre los individuos, su constitucionalización lleva al imperativo de la legitimidad

4 Conviene recordar que, históricamente, el Estado de derecho se haya vinculado al siglo XIX, tanto en su origen como en sus relaciones sociales y políticas, en la base de su organización y en su propio sistema de libertades constitucionalmente garantizadas se evidencia la antinomia de una sociedad independiente del Estado. Pero si bien esto es cierto, no por ello lo es menos, la relación de subordinación que se configura por el sometimiento del Estado al derecho: el Estado de derecho se traduce así, en la garantía de seguridad jurídica de sus ciudadanos, "en la creación de un área para el libre despliegue de la personalidad y, en una organización del Estado racionalmente adecuada a la consecución de tales objetivos". *Cfr. Ibidem*, p. 16.

5 Por virtud del contexto socio político en el que se da, la Constitución del Estado de derecho se caracteriza por un alto grado de formalización que conlleva a la afirmación de que sus principales elementos estructurales —división de poderes, concepto de ley, principio de legalidad de la administración, garantía de los derechos fundamentales e independencia de los Tribunales— llevan en sí mismos la condición de su eficacia.

6 Es importante señalar que la primera Constitución en la que se consagran los derechos económicos y sociales, en el siglo XX, es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. La Constitución del Estado de derecho es una Constitución de garantías, que, en síntesis, no son otra cosa que los derechos fundamentales, con una lógica que les viene dada por el concepto de ley y que hoy no sólo implican límites al poder del Estado, sino facultades prestacionales a cargo de éste. Véase Forsthoff, Ernest, *Sociedad industrial y administración pública*, Madrid, Escuela Nacional de Administración Pública, 1967, p. 67. Respecto de la función garantista de la ley, específicamente en su actual insuficiencia: Mortati, Constantino, *La persona, lo stato e la comunità intermedie*, Torino, ERI, 1977, p. 29.

7 Mortati, Constantino, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padua, CEDAM, 1979, vol. II, p. 1135.

que cada vez requiere el Estado, cualquier tipo de Estado, más allá de su adjetivación.

Así, el Estado no sólo garantiza los derechos y libertades fundamentales, sino que ha de hacer efectivas la seguridad material de las personas[8] y la consecuente justicia social.[9]

Los referidos derechos fundamentales, en esencia derechos de libertad y derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, ya no se conciben, repetimos, como límites negativos frente al poder estatal, sino como garantías de participación, como derechos de prestación a cargo del Estado frente a los ciudadanos. El vasto programa del Estado social arranca pues, del ideal de la participación que supone el explícito y puntual aseguramiento del acceso irrestricto a los bienes en general: trabajo, alimentación, educación, ocio, cultura y, sobremanera, a la justicia.[10] Una estructuración en síntesis de la sociedad por el Estado, por medio de una política de reformas sociales en que la administración con la utilización de técnicas eficaces es la responsable de la procura existencial,[11] fundamento primero para la instauración de un Estado de justicia.

En el Estado social de derecho, los derechos y garantías constitucionalmente consagrados son derechos plenos y operativos, su violación o su falta de virtualidad imponen directamente al Estado un deber de aseguramiento

---

[8] Forsthoff, Ernest, "Problemas constitucionales del Estado social", en Abendrotti *et al.*, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 60 y 61; Dohering, Karl "Estado social, Estado de derecho y orden democrático", en Abendrotti, W. *et al.*, *op cit.*, pp. 160-164.

[9] Fosrsthoff, Ernest, "Concepto y esencia del Estado social de derecho" en Abendrotti, W, *et al.*, *op cit.*, pp. 87-89, 1975, Díaz, Elías, *Estado social y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1986, p. 84; García de Enterría, Eduardo, "La institucionalización del poder, una nueva perspectiva de la *pacem in terris*", en *Comentarios civiles a la Encíclica* Pacem in Terris, Madrid, Taurus, 1963, pp. 142 y ss.; Heck, Bruno, prólogo al artículo de Dohering, Karl, *op. cit.*, nota 8, p. 113.

[10] Street, H., *Accés a la Justice et Etat Providence. Le point de vue d'un specialiste de droit administratif: Raport pour l'Europe*", en Capelletti, Mauro (coord.), *op. cit.*, nota 3, pp. 287 y ss. En la misma obra: Tunc, A. *Enquete de Justice*, pp. 303 y ss.

[11] Forsthoff, Ernest, "Problemas constitucionales..." *cit.*, *supra* nota 8, p. 57. Al decir de este autor el Estado se encuentra en una fase de transformación que también necesariamente tiene que afectar y alterar la procura existencial, si bien ese concepto fue forjado inicialmente con la finalidad de posibilitar la protección jurídica frente a la administración aportadora de prestaciones, hace ya tiempo que ha sido recibida por las transformaciones constitucionales del Estado moderno. Esto se puntualiza ya en el hecho de que el Estado es caracterizado y denominado como Estado distribuidor, Estado social o Estado de la procura existencial.

positivo, una acción encaminada a vencer los obstáculos del camino hacia su concreción.[12]

Así, a la remoción de los obstáculos están obligados los poderes públicos: Ejecutivo, Legislativo y Judicial; obligación que se hace aún más imperativa en el seno de una sociedad en la que al lado de los grupos tradicionales de aglutinación de intereses, o asociaciones intermedias entre la sociedad civil y el Estado,[13] tales como los partidos políticos, sindicatos, asociaciones de patronos, Iglesia, etcétera, emergen nuevos grupos,[14] que producen un incremento de ideologías y de actitudes participacionistas que llevan a los individuos y a esos nuevos colectivos —ecologistas, consumidores, minorías varias— a exigir la efectividad de los derechos consagrados en su favor.

No queremos terminar el presente apartado sin hacer una advertencia. Si el Estado social de derecho concibe a los derechos fundamentales como derechos de participación que tienen como imperativo la eficacia de aquéllos y los mecanismos necesarios para la concreción de ésta, la efectividad no debe quedar al margen del mero postulado sino verse como realidad sobre todo en la labor jurisdiccional. De otra manera, como advierte Habermas acerca de los derechos económicos y sociales, que:

> Provistos de éstos derechos y prácticamente excluido de una participación efectiva, el pueblo se convierte en objeto de asistencia social. Surge una nueva forma de patrimonialidad del Estado de bienestar, como si la Constitución quisiese delinear ya el desenlace que podría entrañar el cumplimiento de cuanto hoy está todavía en estado de tendencia: todo para el pueblo, nada a través del pueblo.[15]

---

[12] Ejemplos de enunciados programáticos los tenemos en el artículo 3 de la Constitución Italiana de 1948; la cláusula del Estado social de derecho de la Ley Fundamental de Bonn (artículo 20, párrafo 1) ha elevado a obligación jurídica el establecimiento de la igualdad de oportunidades, el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, es ejemplo claro de contenido programático. Según el Tribunal Constitucional alemán, el artículo 19, apartado 4 de la misma Ley Fundamental, no sólo garantiza el derecho formal y la posibilidad teórica de acudir a los tribunales, sino también la efectividad de la tutela jurídica. Véase Gómez Colomer, J. L., "La asistencia extrajudicial gratuita en la República Federal de Alemania", *Justicia*, Barcelona, núm. 84, 1984, p. 266. En el caso mexicano Fix-Zamudio ha realizado un parangón con el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[13] Mortati, Constantino, *op. cit.*, nota 7, pp. 24-27.

[14] Offe, Claus, *Los partidos políticos y los nuevos movimientos sociales,* Madrid, Sistema, 1988, pp. 163-244.

[15] Habermas, Jürgen, "Concepto de participación política", *Capital monopolista y sociedad autoritaria,* Barcelona, 1973, p. 53.

2. *De la igualdad ante la ley a la igualación ante la justicia*

En el esquema del Estado social de derecho, la dignidad del hombre engloba la esencial igualdad ante el derecho y la justicia.[16] La defensa judicial de los derechos asume una significación superior, porque su consagración exige el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción.

El concepto de igualdad formal ante la ley ya no es operante en el esquema del Estado social de derecho, se hace necesaria la igualdad material como consecución de una meta que se concreta en la realización de la igualdad de oportunidades.

A decir de Dohering:

> El principio de igualdad que, de acuerdo con su sentido originario, garantiza el trato igual según el orden jurídico, pasó a ser instrumento de fijación de contenido del orden jurídico y, por consiguiente, criterio de justicia material, de tal modo que se identificó el trato igual con el trato justo en relación al repartimiento de bienes jurídicos.[17]

Esta observación es acertada y adecuada a nuestro cometido, supuesto el hecho de que hoy la exigencia de justicia está encaminada al repartimiento de bienes, titularidades jurídicas y prestaciones sociales, ya no se puede comprender, en cuanto a la realización de la justicia por parte del órgano jurisdiccional, desde la óptica de los intereses individuales de las partes, sino en función de la mayor tutela de los intereses sociales.

La igualdad ante la ley es, probablemente, el ideal más respetado; desde la perspectiva que se enfoque, es un principio meramente formal de consideración pareja, o una negativa de la racionalidad y relevancia de los criterios empleados para discriminar entre derechos subjetivos de diferentes clases de personas o grupos, en determinados terrenos.

Han de distinguirse dos sentidos de "igualdad ante la ley":

1. Puede referirse a las normas mismas, y es cuando hablamos de igualdad en el contenido de la ley.
2. A la práctica efectiva de los órganos jurisdiccionales, igualdad en la aplicación de la ley, puesto que, aún cuando el derecho puede ser formalmente justo, los jueces pueden ser corruptos, vulnerándose otra

[16] Heck, Bruno, *op. cit.*, nota 9. p. 113.
[17] Dohering, Karl, *op. cit.*, nota 8, p. 164.

de las facetas del principio de igualdad, a saber: la igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley.

En su primer sentido, la igualdad ante la ley implica igualdad de derechos subjetivos y deberes impuestos por el derecho objetivo, empero, como el derecho es un sistema de normas para sociedades en que se presentan considerables especializaciones y división de funciones, dado su origen burgués individualista, la distinción de derechos se torna inevitable, razón por la cual tenemos que recurrir a otro enfoque de la igualdad ante la ley en tanto igualdad de personalidad jurídica.

Para Ernest Backer lo significativo de la igualdad es que "cada persona jurídica sea igual a otra en lo que atañe a su capacidad jurídica".[18] La personalidad jurídica es un tecnicismo carente de conexión necesaria con la persona en sentido no técnico. Kelsen ha dicho al respecto:

> La persona jurídica es la substancia a la que pertenecen, como propiedades jurídicas, derechos y deberes. La idea que "la persona tiene derechos y deberes" implica una relación de sustancia y accidente ...En realidad en cambio, la persona jurídica no es una unidad separada junto a sus "deberes y derechos", sino solamente su unidad personificada.[19]

La igualdad de personalidad jurídica es la igualdad de todas las personas físicas, bien individualmente o ya colectivamente, por el hecho de ser todas personas.

La igualdad jurídica no es una igualdad de atributos, aunque, en virtud de las desigualdades específicas de los hombres llegan a ser jurídicamente iguales. La legislación, sin embargo, es un proceso selectivo; destaca atributos significativos para los fines que el derecho está destinado a servir y los convierte en criterios jurídicos para discriminar entre personas. Otras propiedades irrelevantes permanecen sin significado legal. Pero, aunque personas con diferentes atributos pueden ser así jurídicamente iguales, una modificación en el derecho que traiga a colación esos atributos particulares las hará desiguales en el futuro. Saber si ciertos individuos o agrupaciones deben ser iguales jurídicamente, y en qué aspectos, depende de los fines que el derecho objetivo persiga.

Sin embargo, las normas jurídicas no son absolutamente inflexibles al establecer un repertorio fijo de atributos como relevantes para los fines ju-

[18] *Idem*.

[19] Kelsen, Hans, "Justicia y derecho natural", *Crítica del derecho natural,* Madrid, Taurus, 1966.

rídicos. Al aplicar el derecho, los jueces son creadores, y no meras máquinas, como se concebía en el sistema decimonónico, en cuanto a la función jurisdiccional.

Si la igualdad ante la ley es considerada como una propiedad de las normas mismas, y no del modo en que son aplicadas, no se puede decir que, en algún sentido, todos los hombres deben de ser tratados de la misma manera. O bien encontramos excepciones razonables,[20] o el principio se revela como una mera declaración de principio contenida en la norma, o como un postulado retórico. Debemos considerar que sólo adquiere un sentido práctico cuando abandonamos la búsqueda de una base universal de igualdad y la interpretamos negativamente, como un rechazo a discriminar.[21]

En su segundo sentido, en tanto igualdad en la aplicación jurisdiccional de la ley, el principio implica, precisamente, su aplicación exenta de factores irrelevantes que incidan en la decisión judicial, consecuentemente, tenemos que ir más allá de la forma y el contenido de las normas, es decir, al examen de los operadores jurídicos encargados de su aplicación; en este sentido, no basta decir que el juzgador debe gozar de plena independencia respecto del poder Ejecutivo y Legislativo; sino que además deben de estar libres de corrupción, tendencias irracionales y ser humanamente comprensivos e intelectualmente formados.

La justicia, legalmente hablando, no es simple aplicación de las normas conocidas a hechos objetivamente dados —subsunción—, presenta, también, el aspecto de la creación de instituciones y procedimientos que operen imparcialmente, que haya una valoración judicial porque, en definitiva, la igualdad en la aplicación correcta de la ley es la igualdad en la justicia.

De lo antes indicado podemos lógicamente concluir que la incorrecta aplicación jurisdiccional de la ley produce desigualdad, situación que no sólo puede provenir de la parcialidad del órgano jurisdiccional sino, también, de situaciones de otra índole: tecnicismos procedimentales, carencia de recursos económicos para poder afrontar los gastos que implica la remuneración del abogado y costos del juicio, desigualdades grupales, etcétera, dicho de otro modo, la igualdad jurídica no implica igualdad de hecho y viceversa, estos factores producen, como consecuencia inmediata, una desigualdad sustancial en el acceso a la justicia que, como veremos, es uno de los problemas a los que se enfrentan los grupos portadores de los llamados intereses difusos.

---

20 En cuanto a la situación alemana y la interpretación jurisprudencial, véase Dohering, Karl, *op. cit.*, pp. 164 y 165.

21 *Idem*.

Para evitar riesgos de tratamiento desigual en el contenido de la ley y en su aplicación, y un efectivo acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de los intereses, es presupuesto fundamentalísimo el que las garantías de igualdad procesal gocen de la jerarquía constitucional[22] y que, precisamente, como hemos intentado plantear, la cuestión de la igualdad ante la ley —bien en su contenido, bien en su aplicación— se traduzca en el tema de la igualdad ante la justicia.[23]

3. *El derecho de acción como derecho constitucional*

Vista desde su consagración a nivel constitucional, el derecho de los ciudadanos a accionar se determina en una doble proyección como fundamento del acceso a la justicia, primera, como imperativo impostergable en la determinación de instrumentos y mecanismos procesales de los propios justiciables a la tutela efectiva de sus derechos e intereses, bien legítimos, bien simples, máxime cuando hoy, como ya lo hemos asentado, se adjetiva al Estado de derecho como un Estado social.[24] La reflexión que cabe hacer en este momento es que en el campo en el que nos movemos, no basta con

---

22 La Constitución Española en su artículo 24.1 consagra el derecho a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales, así como las debidas garantías en el proceso (artículo 24.2). Este artículo se encuentra en estrecha vinculación con los artículos 14 —principio de igualdad formal ante la ley— y el 9.2 —igualdad material—, constituyendo de manera integral, desde nuestra óptica, la trilogía que hace efectiva la tutela judicial de los que acuden ante los tribunales en protección de sus intereses, en el caso particular, difusos. *Cfr.* González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 29 y ss. Respecto de la constitucionalización de las garantías procesales, véase Calamandrei, Piero, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix-Zamudio, Buenos Aires, EJEA, 1960, p. 178; Calamandrei, Piero, *La relatividad del concepto de acción*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EBA, 1945, p. 135; Couture, E. J., "Las garantías constitucionales en el proceso civil", *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1978, vol. I, pp. 19 y ss.

Por su parte, el artículo 24, apartado tercero de la Constitución Italiana asegura a los no pudientes los medios idóneos para actuar en justicia y defenderse ante cualquier jurisdicción, en el caso mexicano es el artículo 17 de la Constitución la que consagra el derecho de acudir a los tribunales para obtener justicia pronta y expedita, por su parte, los artículos 17 a 23 los que contienen las garantías del procesado.

23 *Idem*. Además, Vescovi, *La garantía de la igualdad frente a la desigualdad económica de las partes*, Ponencia del VII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Actas del mismo, vol. III, p. 216. En la misma obra Davis Echandia, H., *Derecho y deber de jurisdicción y la igualdad de las personas frente aquélla y en el proceso*. vol. II, pp. 180 y ss.

24 Fix-Zamudio, Héctor, "Ejercicio de las garantías constitucionales sobre la eficacia del proceso". Ponencia presentada en las IX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, Madrid, 1985, núm. 46.

la simple reforma legislativa en el ámbito procesal insertando en la vida jurídica de los pueblos los mencionados mecanismos también procesales, creo que la cuestión incide en situaciones más de naturaleza sociológica que han de ser analizadas bajo la óptica desmitificada del jurista, considerando cada uno de los ordenamientos en particular y, en retrospectivas históricas, analizando cada una de las instituciones operantes hasta el momento, de no ser así, corremos el grave peligro de incurrir en el transplante de instituciones completamente ajenas a cada ordenamiento que, sin lugar a dudas, corren el riesgo de quedar en letra muerta.

No obstante, tal como lo ha dejado asentado el maestro Fix-Zamudio, el gran logro de nuestra época ha sido hacer eficaz el ejercicio del derecho de acción.

La segunda proyección del derecho de acción como derecho constitucional y su estrecha vinculación con el derecho de acceso a la justicia, lo es, en tanto su consideración de derecho humano que encuentra su fundamento en la dignidad de la persona, bajo tal tenor, el derecho de acceso a la justicia adquiere la categoría de derecho humano a la justicia el cual no es pensable si no se presenta como real el derecho de acción como eficaz.[25]

No cabe duda que en el problema que aquí tratamos se presenta una gama de obstáculos respecto del accionar y el acceder en el sentido procesal. Precisamente a la remoción de los obstáculos —esencialmente de índole económica, cultural y social— que impiden el libre acceso a la jurisdicción, tienden ciertas instituciones legales equilibradoras:[26] piénsese en el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal en España, o como en nuestro país la Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Ministerio Público, o bien en la instauración de la asesoría jurídica gratuita, instituciones las dos primeras que han encontrado respaldo constitucional, y que veremos más adelante.

Respecto del tópico de la constitucionalización de la acción volveremos a referirnos al tratar la tutela de los portadores de intereses difusos y su calidad para actuar ante jueces y tribunales.

4. *La apertura del nuevo orden normativo hacia la realidad social*

Finalmente, es necesario traer a colación uno de los nuevos fenómenos, amén de los de índole sociológico-político que se ha dado a partir de los

[25] *Ibidem*, p. 32.

[26] Fix-Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica,* México, UNAM, 1974, p. 64.

años sesenta[27] y que han sacudido a la ciencia jurídica, iniciando una esencial apertura tendiente a una cosmovisión mucho más amplia, comprensiva de los problemas y de la transformación de la sociedad. Factores tales como la crisis del positivismo jurídico, la revaloración del papel de la sociológica jurídica, el paradigma de los derechos humanos, el avance de las tecnologías de la información y la comunicación y las nuevas aportaciones histórico-comparativas, han marcado el *impasse* a los juristas a que hagan motivo de su reflexión hacia la misma realidad social en que se insertan; en éste sentido resulta invaluable la labor de la sociología que ha incidido en una cuestión fundamental para los juristas: la vinculación entre norma y realidad y la eficacia de las normas del derecho.[28]

Virtud de estas corrientes que inciden en el pensamiento jurídico dándole nueva vida, se producen consecuencias que, particularmente, se manifiestan en dos vertientes.

La primera de tales vertientes se decanta hacia la renovación metodológica que se caracteriza por el uso de técnicas y métodos propios de la sociología en el análisis de los problemas y, con especial relevancia, de las propuestas y alternativas de solución de política legislativa[29] y, por lo que hace a los jueces, la necesaria transdiciplinariedad en sus análisis de problemas humanos que, cada vez más, exige mayor preparación de los jueces. La segunda, se refiere a la concepción del ordenamiento jurídico, como verdadero instrumento del cambio social en tanto superador de su tradicional función de protector y sancionador.

Lo trascendente de estas nuevas ideas, que brevemente hemos acotado, radica no sólo en el hecho de que han influido en el derecho de fondo sino, también, en la notable incidencia en lo que a la ciencia procesal se refiere,[30] preciso es señalar que respecto de lo procesal, su objeto se ha revalorado

[27] En cuanto al análisis de las crisis sociopolíticas que sufre el Estado social de derecho, *vease* Offe, Claus, *op. cit.,* nota 14; García Cotarelo, Ramón, *Del Estado de bienestar al Estado de malestar*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

[28] Carbonnier, J., *El derecho flexible,* trad. de Diez Picaso, L., Madrid, Tecnos, 1974, pp. 115-130; Hernández Gil, A., *La ciencia jurídica tradicional y su transformación,* Madrid, 1981 (especialmente pp. 87 y ss).

[29] Lutmann, R., *Sociología y Jurisprudencia,* trad. de Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Editorial Sur, 1974, p. 21; Denti, Vittorio, *Estudios de Derecho probatorio*, Buenos Aires, EJEA, 1974, p. 155.

[30] En cuanto a la apertura y aportes que se han dado en materia procesal: Gelsi Bidart, A., "Proceso y época de cambio", *Problemática actual del derecho procesal*, Libro Homenaje a A. M. Mercader, La Plata, Editorial Platense, 1971, pp. 419 a 445; con especial atención se tratan éstos temas en la obra colectiva de Morello, A.M. *et al.*, *La justicia entre dos épocas,* La Plata, Editorial Platense, 1983, pp. 15-56.

para dar lugar, al lado del estudio de la dogmática, a otros análisis que ponen su atención en la realidad misma de los fenómenos, preocupándose especialmente de buscar las soluciones pertinentes.

En esta dimensión ampliada de la realidad social, la labor de los operadores jurídicos —jueces, legisladores, procesalistas, estudiosos del derecho, postulantes, etcétera— en el tema del acceso a la jurisdicción y los medios para garantizarla emergen para ocupar un lugar fundamental, sobre todo cuando se pretende hacer efectivo el postulado de Estado de bienestar.

5. *El movimiento de acceso a la justicia*

A estas alturas del planteamiento, podríamos preguntarnos ¿por qué mayores requerimientos de acceso a la justicia? ¿Acaso no existen derechos que consagran una acción en favor de aquellos que han sido lesionados en sus bienes e intereses? ¿Por qué propugnar por una mayor apertura y accesibilidad de los instrumentos de legitimación y calidad para actuar ante jueces y tribunales?

En principio, debemos partir de la apreciación de que el concepto de acceso a la justicia es concebido, en el ámbito esencialmente jurídico y procesal, como una mejor calidad requerida para actuar ante los tribunales, métodos utilizados para pagar los honorarios de los abogados, organización de los tribunales, efectiva satisfacción y respuesta de éstos en la tutela de los intereses que se demandan, etcétera.

Ciertamente, no dejan de existir aquellos que consideran que hablar del acceso a la justicia no es más que simple discurso, desgastado por su reiterado uso; otros, en cambio, reconocen a tal expresión contenido real y aprecian que estas cuestiones, también si son de orden técnico, presentan interés primario para la justicia.

Por otra parte, es de señalar que la palabra "justicia" hoy es concebida en un sentido diferente, que se proyecta en comprobar si, en las nuevas condiciones del capitalismo de las grandes empresas, la tercera revolución tecnológica, el incremento de las actividades estatales, su internalización y globalización, el dar oportunidad a todos de acudir o apelar a los tribunales es un medio suficiente para asegurar el respeto del derecho, de los derechos y hacer que impere esa justicia no sólo en el ámbito doméstico sino, además, internacional.

II. Las reformas constitucionales 2010

Como en otras materias, México arribó al reconocimiento y tutela de los intereses difusos y colectivos[31] tarde… muy tarde, a diferencia de Estados Unidos con la *class action* o Inglaterra con la *relator action* o, con ciertas particularidades adaptadas por sistemas de *civil law* órdenes normativos como el brasileño —que además cuenta con mecanismos alternos tuitivos de la categoría de interés de mérito como la *actio popularis* o el amparo colectivo, también previsto constitucionalmente en Argentina desde 1994— y el quebequense.[32]

En 2010 se adiciona un párrafo tercero al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos[33] para quedar como se asienta textualmente:

> Artículo 17.- …
>
> …
>
> El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos.

En 2011[34] se verifican las reformas a las leyes razón materia y, esencialmente al Código Federal de Procedimientos Civiles, tornando, desde mi punto de vista, inocuas las acciones colectivas en tutela de los intereses difu-

[31] Más allá de la profusa literatura que se ha generado en torno al tema confundiendo lo que categorialmente es imposible de confundir, algunos autores se refieren a los "intereses" como "derechos", existe el derecho colectivo a la salud, al consumo y al trabajo. Desde luego que el derecho genera un interés, bien jurídico y personalísimo, ya colectivo o difuso, por todos véase Hernández, María del Pilar, *Tutela jurisdiccional efectiva de intereses difusos y colectivos*, México, UNAM, 1997.

[32] Quiroga Lavié, Humberto, "Las nuevas condiciones del amparo colectivo. Protección del medio ambiente", *Revista Derecho y Ciencias Sociales,* La Plata, núm. 6 (Acceso a la Justicia), Instituto de Cultura Jurídica y Maestría en Sociología Jurídica, FCJ y S UNLP, abril 2012, pp. 169-181.

[33] "Decreto por el que se adiciona un párrafo tercero y se recorre el orden de los párrafos subsecuentes del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos", *Diario Oficial de la Federación,* México, 29 de julio de 2010.

[34] "Decreto por el que se reforman y adicionan el Código Federal de Procedimientos Civiles, el Código Civil Federal, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley Federal de Protección al Consumidor, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros", *Diario Oficial de la Federación,* 30 de agosto de 2011, pp. 2-11.

sos y colectivos. En la mejor técnica jurídica debió de preverse una competencia concurrente y no federalizar la competencia en los tribunales. ¿Cuál fue la razón o quién pergeñó tal ocurrencia?

Así en el Código Civil Federal se asentó en el artículo 1934 una referencia genérica a la procedencia de la indemnización a quienes, por afectación a un derecho que derive un tipo de interéspor tutelar, sean considerados como un colectivo o "grupo".

En estricto sentido debió haberse reconocido precisamente en el código sustantivo —en los códigos civiles de las entidades federativas—y con todas sus letras, a los *intereses difusos y colectivos*, reiterándose su existencia, como lo hace, en el Código Federal de Procedimientos Civiles (CFPC) —los códigos de procedimientos de las entidades federativas—, así en el artículo 578 se prescribe:

> La defensa y protección de los *derechos e intereses colectivos* será ejercida ante los *tribunales de la federación* con las modalidades que se señalen en este Título, y sólo podrán promoverse en materia de relaciones de consumo de bienes o servicios, públicos o privados y medio ambiente.[35]

El artículo 579, determina la procedencia de la acción colectiva para aquellos intereses también colectivos o, en su caso, difusos. No queda claro por qué el "legislador" utilizó la expresión el ejercicio de las pretensiones individuales cuya titularidad corresponda a un grupo de personas si adjetivar "portadoras de intereses difusos".

La esquizofrenia de la regulación —artículos 580 y 581— se evidencia cuando el legislador asienta su clasificación completamente academicista de los "derechos e intereses", la pregunta que subyace es ¿los justiciables, entenderán cabalmente las diferencias? ¿Acaso los legisladores o quienes los asesoran olvidan que legislan para ciudadanos legos en la disciplina jurídica?

Y precisamente lo más inadmisible es cuando juridifica y clasifica las acciones colectivas y, en particular una expresión, lo reitero, netamente académica: *acción individual homogénea,* desde luego tuteladora de los denominados en el artículo 580 *derechos e intereses individuales de incidencia colectiva*. Expresión ésta que ha sido cuestionada precisamente por la doctrina en razón de su poca claridad.

En sí mismas las acciones colectivas son tales, colectivas, más allá que atiendan al grado de agregación de los individuos que han resentido un

---

[35] El subrayado es nuestro. Pido se aprecie cómo ante la incertidumbre de las diferencias esenciales entre derechos e intereses, "el legislador" puso ambos conceptos jurídicos como si se tratara de un documento académico o un artículo para publicar.

daño por la misma fuente generadora y, técnicamente, a lo único que se puede apelar es, en consecuencia, al carácter de difusos o colectivos de los intereses que se derivan del derecho afectado, a saber: salud, consumo, medio ambiente, alimentación, trabajo, educación, seguridad sociales, sólo por citar algunos de los derechos económicos, sociales y culturales en torno a los cuales se centran tales intereses, y le corresponde al juez la valoración *in toto* de la acción que se intenta, como correctamente se prescribe en el artículo 585 del CFPC.

La legitimación activa se deja en manos de los siguientes sujetos: la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros y la Comisión Federal de Competencia; el representante común de la colectividad conformada por al menos treinta miembros; las asociaciones civiles sin fines de lucro legalmente constituidas al menos un año previo al momento de presentar la acción, cuyo objeto social incluya la promoción o defensa de los derechos e intereses de la materia de que se trate y que cumplan con los requisitos establecidos en el CFPC, y el Procurador General de la República.

No me cabe la menor duda que el mecanismo complementario de dejar la legitimación para actuar en manos de los titulares de los órganos parajuridiccionales es un acierto ante los éxitos obtenidos por la propia Profeco, y la desgracias de las mismísimas acciones colectivas en México, desde luego que no puedo fundar este dicho en razón de la escasa, por no decir nula, información en torno a la recurrencia del ejercicio de las acciones, en cualesquiera de sus desventurada y academicista clasificación.

Podría abundar en otros errores que se cometieron al positivar las acciones colectivas, como la falta de sensatez al exigir 30 integrantes de la colectividad, cuando hay colectividades, más allá de la finalidad que los congrega, de menos, muchos menos de 30 integrantes. Podría abundar en relación con la integración del fondo que administra el Consejo de la Judicatura, sin embargo, todo es inútil, el órgano revisor de la Constitución, como el legislador ordinario destinó a la más grande y terrible ignominia a las acciones colectivas.

III. Y llegó el amparo colectivo

El advenimiento de las reformas constitucionales en materia de amparo, 6 de julio de 2012, en su artículo 107, fracción I:

> El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Las reformas correlativas a la Ley de Amparo de 2 de abril de 2013 disponen en su artículo 5, son partes en el juicio de amparo, fracción I:

> El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser *titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo*, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o. de la presente Ley y con ello se produzca una afectación *real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico*.
>
> El interés simple, en ningún caso, podrá invocarse como interés legítimo. La autoridad pública no podrá invocar interés legítimo.
>
> El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

Por lo que hace a las sentencias de los amparos colectivos se prescribe en el artículo 75, del ordenamiento invocado:

> El Pleno y las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como los tribunales colegiados de circuito, tratándose de resoluciones sobre la constitucionalidad de una norma general o sobre la convencionalidad de los tratados internacionales y *amparos colectivos, deberán hacer públicos los proyectos de sentencias que serán discutidos en las sesiones correspondientes,* con la misma anticipación que la publicación de las listas de los asuntos que se resolverán a que se refiere el artículo 184 de esta Ley.

Resulta inopinado el avance que en materia de interés legítimo se evidencia constitucional y legalmente, interés que subyace a la legitimación para actuar de las acciones colectivas tuitivas de intereses difusos y colectivos.

Como ha sucedido hasta ahora, no existe una estadística que evidencie que el amparo colectivo está siendo otro instrumento más de protección de derechos en torno a los cuales se nuclean los intereses difusos y colectivos, así llanamente designados.

IV. Corolario

Esta brevísima revisión de la acción constituyente, legislativa y judicial en torno a los intereses difusos después del arribo lento y tardío de nuestro orden normativo a la protección de los intereses difusos y colectivos, me deja claro que hay aún mucho por hacer, particularmente aquella de la acción judicial.

Me deja una penosa apreciación lo que se hizo en 2011, era el momento y la oportunidad, pero muchos con ánimo oportunista y económico se limaron uñas y dientes, otra vez, para aprovechar lo que el sistema permite. Una verdadera pena.

LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL DE LA LEY DE AMPARO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Daniel Álvarez Toledo*

Sumario: I. *Introducción*. II. *La importancia de una doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte*. III. *La posibilidad de analizar la regularidad constitucional de los preceptos de la Ley de Amparo*. IV. *El estudio de la regularidad constitucional de los preceptos de la Ley de Amparo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Casos relevantes.* V. *Reflexiones conclusivas.* VI. *Bibliografía.*

I. Introducción

Los 100 años de existencia de la constitución de 1917 se cumplen en la cúspide de lo que en México constituye la era de los derechos humanos. Existe una prolongada pendiente hegemónica en la que el discurso de tales derechos encuentra convergencia en el centro de la dialéctica social de nuestros tiempos. Ello evidencia una postura contundente: la protección de los derechos humanos ha cobrado protagonismo en la función jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN); sin embargo, es precisamente en estos tiempos en donde adquiere preeminencia la postura asumida por el profesor italiano Norberto Bobbio,[1] quien siempre advertía que en la actual *età dei diritti* el problema de los derechos humanos no es el de fundamentarlos o justificarlos, sino en último término de comprenderlos.

Hoy no se pone en tela de juicio que esa carga discursiva presenta hegemonía global; lo que sí enjuiciamos es que esa aspiración convive con una realidad perturbadora: la mayoría de la población mundial no constituye el

* Secretario de Estudio y Cuenta en la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Agradezco a Ana Paulina Ortega Rosado el apoyo de la revisión de este documento.

1 Bobbio, Norberto, *L´eta dei diritti*, Torino, Editorial Eunadi, 1999.

sujeto de los derechos humanos, sino más bien el objeto del discurso sobre los mismos.[2] Es sobre esta realidad que los actores involucrados tenemos la responsabilidad de socializar los derechos humanos en su justa dimensión para alcanzar, en un Estado democrático, la "verdadera sociedad de los derechos".

Derechos humanos o fundamentales, como quiera que se les conceptualice, constituyen el principal objeto de protección del instrumento jurídico procesal que, por mucho, ha constituido la piedra angular del sistema de control constitucional en nuestro país. En efecto, al referirnos al juicio de amparo lo hacemos como a una de las instituciones jurídicas que más ha enaltecido la historia constitucional mexicana. Definido como un mecanismo procesal para la protección de los derechos individuales de las personas, derechos sociales y, recientemente, derechos colectivos,[3] tuvo su génesis en la convicción de juristas mexicanos que vislumbraron la necesidad de crear un instrumento procesal eficaz para la tutela de los derechos fundamentales de los gobernados frente al poder público.

En relación con lo anterior, el presente estudio afronta un tema de suyo trascendente, cuyo análisis estuvo proscrito durante los casi 100 años de vigencia nuestra Constitución; nos referimos a la posibilidad de analizar la regularidad constitucional de los preceptos de la Ley de Amparo y a la posibilidad de declararlos inconvencionales o inconstitucionales.

El actual paradigma de los derechos humanos, consolidado a partir de la reforma constitucional de junio de 2011[4] ha mostrado otra cara. Hoy, la Suprema Corte de Justicia de la Nación acuña una doctrina jurisprudencial que traza los parámetros que deben atenderse al momento de que en el ejercicio de su facultad, el juez constitucional pueda someter a los preceptos de la propia Ley de Amparo a un análisis de regularidad constitucional como al que se somete cualquier norma del sistema jurídico mexicano.

El escrutinio jurisdiccional sobre este tema ha desbocado una serie de criterios que en cierta medida está encontrando hegemonía en la actividad jurisprudencial de la Suprema Corte de México. Desde luego que por ser un tema tan amplio, y de pronunciamiento reciente, es imposible en un solo

---

2 Sousa Santos, Boaventura de, *Si Dios fuese una activista de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014, p. 13.

3 *Cfr*. Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo, guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, UNAM-Porrúa, 2013, p. 215

4 La reforma constitucional de 2011, es probablemente la modificación más trascendental que se ha hecho en el texto constitucional desde 1917. Silva Meza, Juan, "El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá, año XVIII, 2012, p. 152.

texto incorporar todos los datos que pudieran tener relación con el planteamiento aquí tratado, sin embargo, apelando a su comprensión, sirva el presente como un punto de partida para que el lector acuda a la doctrina jurisprudencial que sobre ello ha emitido el máximo tribunal del país.

II. La importancia de una doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte

El respeto de un tribunal constitucional se debe en gran medida a que los jueces que lo integran emitan sentencias que sean percibidas como justas;[5] por ello, deben sustentarse en razones válidas, coherentes y consistentes.[6] Sobre esa base, la función del juez constitucional en la evolución de la sociedad es de suma relevancia y más aún, porque el desarrollo de la era moderna supone la presencia del juez, creador de la jurisprudencia, como uno de los factores más determinantes para la evolución de cualquier sistema jurídico.[7]

En una ponencia presentada en el I Congreso Nacional de Derecho Constitucional (1973), Héctor Fix-Zamudio y Jorge Carpizo clasificaron la interpretación constitucional tomando como criterio base el ente que la realiza; distinguieron las siguientes: la de carácter legislativo, administrativo, judicial, doctrinal y la popular.[8] De todas éstas, en el ámbito teórico se ha dado una importancia relevante a la interpretación judicial realizada por los órganos jurisdiccionales de control constitucional, en específico, la reali-

---

5 Explica Borda, por ejemplo, que "si de un texto legal pueden resultar dos o más interpretaciones distintas, debe preferirse aquella que sea más justa y que resuelva con mayor acierto y equidad los intereses en juego", Borda, Guillermo, *Tratado de derecho civil*, 4a. ed., Buenos Aires, Perrot, 1965, p. 209.

6 Álvarez Toledo, Daniel, "La influencia del derecho comparado en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de México", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 23, México, Porrúa, 2015, p. 49.

7 Zagrebelsky sostiene que en la era moderna la apertura de la jurisprudencia a recíprocos enlaces no es una moda, una pretensión de profesores, una arbitrariedad en relación con las respectivas constituciones nacionales. Es una exigencia radicada en la vocación contemporánea de la justicia constitucional. Es parte del proceso de muchas facetas de universalización del derecho, un fenómeno característico de nuestro tiempo jurídico. Discurso pronunciado frente al presidente de la República el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, como motivo de la celebración del 50 aniversario de la Corte Constitucional Italiana. Traducción propia.

8 Carpizo, Jorge y Fix-Zamudio, Héctor, "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", en Ferrer Mac-Gregor, E. (coord.), *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I, pp. 400-414.

zada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por resultar definitiva y vinculante.

Recientemente la propia Suprema Corte reconoció el carácter trascendente de su actividad jurisprudencial dentro del sistema jurídico mexicano. Al resolver la contradicción de tesis 20/2015, bajo la ponencia del ministro Juan N. Silva Meza, la Segunda Sala estableció que la labor interpretativa del máximo tribunal consiste en formular, por medio de la jurisprudencia, principios generales y reglas que sirvan como parámetros de integración, ponderación e interpretación de las normas del ordenamiento en general. Esta labor no es cognitiva sino constructiva, es producto creado judicialmente, plasmado en una tesis de jurisprudencia que contiene en la mayoría de los casos la *ratio decidendi* de una sentencia judicial en sede de Corte constitucional.[9]

Por estas razones, la autoridad de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para crear la jurisprudencia, bajo los sistemas previstos en la propia Ley de Amparo, tiene su principal fundamento en la creación de seguridad jurídica (artículo 16 constitucional) en beneficio y protección de los derechos fundamentales de los sujetos que intervienen en un proceso y del sistema jurídico en general. Incluso, el máximo tribunal reconoció que esta atribución justifica el hecho de que la Constitución le haya dado un valor normativo mayor a la jurisprudencia de la Suprema Corte, que a la del resto de los órganos del Poder Judicial de la federación.[10]

Y ciertamente, en una democracia como la mexicana, la función que corresponde hacer a la Suprema Corte de Justicia de la Nación de suyo ya es importante, esto se intensifica cuando como en el caso el sistema jurídico sufre modificaciones sustanciales en la forma y modo de declarar la vigencia de los derechos fundamentales. Por tal motivo, la legitimidad de la actuación de la SCJN no se presupone sino que, al contrario, se ha convertido en una de las preocupaciones de los ministros integrantes de la Corte.[11]

---

[9] Párrafos 79 de la resolución de 26 de agosto de 2015, dictada al resolver la contradicción de tesis 20/2015, por la Segunda Sala de la SCJN.

[10] *Cfr.* Párrafo 80, de la resolución de 26 de agosto de 2015, dictada al resolver la contradicción de tesis 20/2015, por la Segunda Sala de la SCJN.

[11] En un ensayo publicado en 2007, doce años después de la reforma judicial de diciembre de 1994, el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea advirtió, incluso antes de ocupar su cargo actual, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación tenía en su agenda un tema pendiente: la necesidad de "una labor más frecuente y de mejor calidad en la interpretación y el desarrollo de los derechos fundamentales". Esta opinión del ministro Zaldívar ha sido compartida por otros integrantes de la Corte, lo cual ha coadyuvado a que se nutra el debate sobre el tema, por lo que, de manera gradual, los derechos fundamentales han sido considerados con mayor frecuencia en las resoluciones dictadas por el máximo tribunal constitucional, que busca garantizar su respeto y cumplimiento en el sistema de justicia del país.

La punta de lanza de este cambio se materializó con la reforma al artículo 1o. constitucional ocurrida en junio de 2011, enmienda que lleva en su génesis el espíritu vanguardista e innovador de una sociedad que requiere la protección de derechos no sólo reconocidos en la carta fundamental, sino también de aquellos previstos en los tratados de derechos humanos de los que el Estado es parte; ello en razón de que los derechos no son una mera realidad permanente, sino que se ubican y analizan de acuerdo a su contexto, a una necesidad social espacialmente determinada; son pues, como atinadamente sostuvo Norberto Bobbio: "el tiempo de los derechos".[12]

Hacia las nuevas exigencias que esta nueva era del derecho exige, los tribunales están llamados a cumplir una función crucial por ser uno de los vehículos principales para que el Estado pueda traducir en el orden interno las obligaciones de respeto, protección y garantía de los derechos humanos, aplicándolos en su jurisprudencia y accionar cotidianos.[13]

Bajo este panorama, la SCJN ha sido capaz de evolucionar conforme a las circunstancias económicas y sociales para adaptarse al contexto histórico del país; ha diversificado, ampliado y reestructurado sus funciones para desempeñar de manera idónea las tareas propias de su investidura, al fungir como máximo tribunal constitucional y como cabeza del Poder Judicial de la federación. Desde su diseño originario dado en la Constitución de 1917 hasta la última reforma constitucional que modificó su competencia (1999), su actividad principal, la interpretación de la Constitución, tiene en su génesis la creación de una doctrina jurisprudencial enfocada en la debida salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas, para satisfacer las exigencias de un nuevo modelo jurisdiccional.

Sin embargo, esa tarea constitucional está teñida de múltiples dificultades en su aplicación, sobre aspectos que poco a poco están siendo atendidos por la propia Suprema Corte. Uno de los temas que opacó la doctrina jurisprudencial de la Corte fue la imposibilidad técnica de poder someter a control constitucional las normas de la propia Ley de Amparo. Durante décadas, la doctrina jurisprudencial de la Corte estableció un impedimento técnico para analizar la regularidad constitucional de los preceptos que

Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, "Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la SCJN y a propósito de la reforma constitucional del 14 de septiempre de 2016", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, enero-junio, 2007.

[12] Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, Madrid, 1993, pp. 59 y ss.

[13] García-Sayán, Diego, "Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", Corte IDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, 2005, p. 330.

regulan el trámite del juicio de amparo; no obstante, hoy en día la jurisprudencia de la Corte ha dado un viraje radical, puesto que abrió la posibilidad real de someter al escrutinio constitucional las hipótesis legales contenidas en la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales.

El objetivo de este documento, como se anticipó, es el de mostrar la evolución de la jurisprudencia de la Suprema Corte sobre un tema que por mucho tiempo estuvo enclavado en las raíces del constitucionalismo mexicano. Nos referimos al análisis de la regularidad constitucional de los preceptos de la Ley de Amparo. Nuestro propósito no es establecer todos los criterios que sobre este tema ha emitido el máximo tribunal del país, sería excesivamente prolijo pronunciarse sobre todas las sentencias emitidas en este sentido. El objetivo es más modesto, se analizarán las resoluciones que constituyen la piedra angular sobre la cual se sostiene la posibilidad de que el órgano de control constitucional lleve a cabo el análisis de constitucionalidad de un precepto de la Ley de Amparo.

III. La posibilidad de analizar la regularidad constitucional de los preceptos de la Ley de Amparo

Son dos sentencias las que constituyen el referente de la forma en como la Suprema Corte abordó el análisis de constitucionalidad del sistema normativo sobre el cual se sostiene el trámite y substanciación del juicio de amparo; estas son el amparo en revisión 2138/1996 y el recurso de reclamación 130/2011, ambos resueltos por el máximo tribunal del país funcionando en Pleno. En la primera resolución, tomando como base diversos precedentes, la Corte fue contundente al considerar la imposibilidad técnica jurídica que existía para analizar la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley de Amparo; sin embargo, cuatro años después, el Pleno de la Corte reflexionó y flexibilizó esa posición abriendo la posibilidad de que en los recursos previstos en la Ley de Amparo, el órgano jurisdiccional pudiera analizar la regularidad constitucional de los preceptos contenidos en dicha Ley.

1. *Amparo en revisión 2138/1996*

En abril de 1998, el Pleno de la Suprema Corte, bajo la ponencia de la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas, resolvió el amparo en revisión 2138/1996, declarándolo improcedente en virtud de que el agravio principal hecho valor por la recurrente estaba enfocado en demostrar

que era inconstitucional el artículo 73, fracción XIV, de la abrogada Ley de Amparo, precepto y fracción en los que se apoyó el juez de distrito para estimar improcedente el juicio de garantías y, por tanto, para sobreseer en el mismo con fundamento en el artículo 74, fracción III, del ordenamiento legal citado.

La improcedencia del recurso, sostuvo en ese entonces el Tribunal Pleno, derivó de que no existía ninguna posibilidad legal de que por medio del recurso de revisión se pudiera impugnar a petición de parte, una ley, ni la de amparo, so pena de desnaturalizar el sistema constitucional.

Dentro de las premisas fundamentales que sostienen esa determinación, se advierte que el Pleno consideró que en el sistema de amparo mexicano, los individuos exclusivamente pueden reclamar la inconstitucionalidad de una ley por violación a sus "garantías individuales", a instancia de parte, mediante las bases que previene el artículo 107 de la Constitución general y que reglamentaba la abrogada Ley de Amparo, esto es, por medio de un escrito de demanda en el que promuevan juicio de amparo indirecto, impugnando en forma destacada la propia ley por su sola vigencia o por virtud del primer acto de aplicación, o por medio de un escrito en el que promuevan amparo directo contra una sentencia, laudo definitivo o resolución que ponga fin al juicio, en el cual dicha impugnación sólo sea materia del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la ley, el tratado o el reglamento, y la calificación de éste por el tribunal de amparo se hará en la parte considerativa de la sentencia, por lo que el recurso de revisión a que se refiere el artículo 83 del último de los ordenamiento citados, no se halla previsto en el sistema constitucional, como una de las formas de control de la ley suprema, sino exclusivamente como un medio técnico de optimizar la función jurisdiccional realizada por el juzgador primario en el juicio de amparo.

Conforme a ello, la Suprema Corte concluyó que el objetivo del recurso de revisión era obtener el óptimo ejercicio de la función jurisdiccional, lo cual significa examinar si el juez de distrito realizó correctamente el análisis de la constitucionalidad del acto reclamado; por lo que, sostuvo, que cualquier inconformidad tendiente a demostrar la inconstitucionalidad de la Ley de Amparo debía declararse inoperante, precisamente, porque el recurso de revisión no es el medio técnico-procesal aceptado por el sistema para que los individuos, como tales, puedan impugnar una ley de inconstitucional.

El Tribunal Pleno sostuvo que no obstante que existen leyes pertenecientes al orden constitucional en la medida en que forman parte integrante del orden superior constitucional, y que son susceptibles de impugnarse en

amparo, la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales constituye la excepción.

La doctrina jurisprudencial en ese entonces acogida por la Suprema Corte estableció un principio general relativo a que el amparo no procede contra la Ley de Amparo, lo que se explicaba si se consideraba al orden jurídico como un conjunto finito de normas, con órganos límite, cuya conducta no puede ser controlada en su constitucionalidad. Así, sostuvo que si el amparo no procede contra la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, menos aún podía reclamarse su inconstitucionalidad por medio del recurso de revisión.

2. *Recurso de Reclamación 130/2011*

De manera diametralmente diferente, en enero de 2012, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia de la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos, resolvió el recurso de reclamación 130/2011, en el que se impugnaba, entre otras cuestiones, la constitucionalidad del artículo 90 de la abrogada Ley de Amparo.

Entre los agravios planteados por la quejosa, adujo que el artículo 90 de la abrogada Ley de Amparo era inconstitucional al establecer que siempre que el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación deseche el recurso de revisión interpuesto contra sentencias dictadas por los tribunales colegiados de circuito, por no contener dichas determinaciones una decisión sobre la constitucionalidad de alguna ley, se impondrá al recurrente una multa, lo que a su consideración vulnera la garantía de defensa contenida en los artículos 14, 16 y 17 constitucionales.

En relación a la procedencia de la impugnación de la Ley de Amparo, el Pleno reconoció que conforme al anterior criterio P./J. 48/2009,[14] existía un impedimento técnico generado para que, mediante de los agravios expuestos en el recurso de revisión, sobrevenga el estudio de la constitucionalidad de las normas generales que hubiesen acogido los jueces de distrito en sus sentencias, de modo tal que lo único que podía analizarse en la revisión es si la referencia a tales disposiciones fue justificada, o en su caso, si debía prescindirse de dichos fundamentos de derecho, ya sea por ser ajenos al pro-

[14] INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EN UN RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO INDIRECTO SON AGRAVIOS INOPERANTES AQUELLOS QUE PRETENDAN INTRODUCIR UN PLANTEAMIENTO DE ESA NATURALEZA RESPECTO DE UNA NORMA QUE INVOCÓ EL JUEZ DE DISTRITO. Tesis P./J. 48/2009, Novena Época, Pleno de la SCJN, registro digital 166943.

blema planteado, por haberse mal interpretado, e incluso, por contravenir su texto expreso.

No obstante, el Pleno consideró que con motivo de la reforma constitucional de junio de 2011 al artículo 1o., debía reconocerse que dicho obstáculo había sido removido, en parte, ya que si bien la posible oposición de las disposiciones de la Ley de Amparo a la Constitución no podría plantearse en los agravios formulados en la segunda instancia, existe la posibilidad de que sí se analice tal problema cuando los jueces oficiosamente ejerzan su facultad para declarar inconstitucional —y dejar de aplicar— algún precepto rector del acto reclamado por contravenir alguno de los derechos humanos, o también cuando sin declararlo así, opten por su interpretación conforme a la Constitución, supuestos en los cuales es obvio que la materia de la revisión necesariamente dará alojamiento a un análisis de tales temas al tenor de los agravios de la parte afectada.

El Pleno precisó que fuera de dichos casos, no hay ninguna posibilidad de introducir en la revisión por parte de los recurrentes el planteamiento relativo a la posible inconstitucionalidad de normas aplicadas en las sentencias de los jueces de distrito, cuando por medio de ellas fundan y motivan sus resoluciones, porque la materia de tal medio de defensa se reduce a la determinación de si deben o no tomarse en cuenta dichas disposiciones para dirimir la controversia, sean o no constitucionales, quedando a salvo la facultad del órgano revisor de dejar de aplicarlas cuando, vía control difuso, adviertan que son contrarias a un derecho humano, también en términos del artículo 1o. constitucional, precepto que nuevamente permite oficiosamente declarar la inconstitucionalidad de cualquier norma invocada por aquellos juzgadores primarios.

La Corte estimó que si bien es cierto la Ley de Amparo es reglamentaria de preceptos de la norma fundamental, tampoco es equivalente a ésta, y por ende, no debe escapar al control de su regularidad constitucional, sobre todo porque ni la Constitución federal, ni la propia Ley de Amparo, prohíben la impugnación de las normas contenidas en este último ordenamiento. Siendo esto compatible con el artículo 1o. de la Constitución federal, y a lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que obligan a los tribunales a procurar que ninguna disposición secundaria quede al margen de la posibilidad de someterla a su contraste con dicha Constitución, pues ésta es una de las formas de favorecer la protección más amplia de las personas.

Asimismo, la Corte consideró que cuando un órgano jurisdiccional competente para conocer del juicio de amparo actualice algún supuesto normativo de la ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucio-

nales, también se abre la posibilidad de enjuiciar la disposición legal que lo faculte para actuar en el sentido que lo hizo, a condición de que tal cuestión trascienda al sentido de la decisión y se plantee en los agravios de alguno de los recursos instituidos dentro de dicha ley, ya que en estos casos la pretensión directa e inmediata del interesado no es la de obtener la declaración de inconstitucionalidad del fundamento del acto reclamado, sino la de evitar que el juzgador de amparo apoye su resolución definitiva, o algún acto procesal, en un precepto de ese ordenamiento que el afectado considere que le resulta lesivo por inconstitucional, legitimándolo en consecuencia para proponer su estudio dentro de los recursos que la propia Ley de Amparo le confiere.

A partir de estas consideraciones, el Pleno estableció tres condiciones esenciales para que, a instancia de parte, proceda excepcionalmente el examen de las disposiciones legales de la Ley de Amparo aplicadas dentro del juicio de amparo:

a) La emisión de autos o resoluciones concretas de los órganos que conozcan del juicio de amparo.

b) La impugnación de normas de la Ley de Amparo cuya aplicación se actualice efectivamente dentro de los asuntos de la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocen del juicio de amparo, y que trasciendan al sentido de la decisión adoptada.

c) La existencia de un recurso procedente contra el acto de aplicación de las normas de la Ley de Amparo tildadas de inconstitucionales, en el cual pueda analizarse tanto la legalidad de su acto de aplicación, como la regularidad constitucional de esas normas, en su caso.

Pues bien, en un cambio totalmente radical a lo resuelto hasta la Novena Época, la vigente doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte permite a los gobernados impugnar la constitucionalidad de un precepto de la Ley de Amparo mediante los recursos permitidos en la propia ley. Tal posibilidad representa un cambio enigmático, pues a partir de la resolución al recurso de reclamación 130/2011 se establece la posibilidad de actualizarse la procedencia del recurso de revisión en el juicio de amparo cuando se cuestione la inconstitucionalidad de un precepto de la Ley de Amparo; lo anterior porque a partir de la reforma al artículo 1o. constitucional se desvaneció el obstáculo técnico para conocer, en los recursos de revisión, sobre la regularidad constitucional de las normas aplicadas por los jueces de amparo.

El Pleno estableció que si bien el quejoso no puede reclamar en la demanda inicial diversos preceptos de la Ley de Amparo, lo cierto es que el

órgano jurisdiccional de amparo, en ejercicio de sus facultades rectoras del procedimiento, puede emitir actos de aplicación de las normas reguladoras del juicio de amparo, actos que pueden combatirse en los recursos de revisión, pues es hasta ese momento procesal cuando dicho cuerpo legal puede generar un perjuicio al particular y, por tanto, estar en aptitud de oponerse al mismo. Así, en dicha categoría de casos, el órgano revisor tiene la facultad de dejar de aplicar la norma, vía control constitucional, cuando sea violatoria de algún derecho humano o, bien, el órgano revisor de evaluar la aplicabilidad de la norma en cuestión.

La premisa normativa de este criterio se hizo consistir en que si bien la Ley de Amparo es reglamentaria de la Constitución, lo relevante es que no son normas equivalentes, por lo cual, al tratarse de una norma subordinada a los criterios de validez de la norma fundante del ordenamiento jurídico, no debe escapar al control constitucional.

IV. El estudio de la regularidad constitucional de los preceptos de la Ley de Amparo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Casos relevantes

Hemos visto que el recurso de reclamación 130/2011 trajo al debate la posibilidad de sujetar a control constitucional las disposiciones de la Ley de Amparo, cuestión que hasta entonces se había objetado, convirtiéndose el criterio sostenido por la Segunda Sala en jurisprudencia obligatoria por medio de otras resoluciones y abriendo la posibilidad de que nuestro máximo tribunal realice un control de regularidad constitucional de diversas disposiciones de la actual Ley de Amparo, mediante el ejercicio hermenéutico que exige el artículo 1o. constitucional.

Las salas de la SCJN han resuelto una serie de asuntos en los cuales se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de diversos preceptos de la Ley de Amparo, sobre todo, de aquellos asuntos donde se impugnan las normas que sostienen la causal de improcedencia que se actualizó en el juicio de amparo y que dio motivo a que se sobreseyera en el mismo.

1. *La contradicción de tesis 468/2013 y la jurisprudencia por reiteración 84/2015*

El 19 de marzo de 2014, la Segunda Sala de la SCJN resolvió la contradicción de tesis 468/2013 entre los criterios sustentados por los tribunales

colegiados Cuarto del Tercer Circuito y Primero del Sexto Circuito, ambos en materia administrativa.

El Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito sostuvo que era procedente analizar el planteamiento de inconstitucionalidad del artículo 73, fracción V, de la Ley de Amparo, toda vez que se reunían los tres requisitos que estableció el Pleno del máximo tribunal al resolver el recurso de reclamación 130/2011, por lo que procedió al análisis de los agravios relativos.

Por su parte, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito estableció que los agravios hechos valer por la parte quejosa debían desestimarse, al considerar que el recurso de revisión en amparo indirecto, conforme a los artículos 107, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y 83 y 91 de la abrogada Ley de Amparo, se limitaban a asegurar el óptimo ejercicio de la función jurisdiccional del juez de distrito, como órgano de control de la constitucionalidad, lo cual impedía analizar en este medio de defensa el planteamiento de inconstitucionalidad del artículo 73, fracción V, de la Ley de Amparo.

Los tribunales colegiados contendientes adoptaron criterios jurídicos discrepantes sobre el mismo punto de derecho, ya que ambos tuvieron que dilucidar si era procedente analizar en el recurso de revisión que se interponga contra la sentencia dictada por un juez de distrito en el juicio de amparo indirecto, el planteamiento de inconstitucionalidad de un precepto de la Ley de Amparo aplicado en dicha sentencia.

Tomando en consideración medularmente lo resuelto por el Pleno en el recurso de revisión 130/2011, la Segunda Sala resolvió la contradicción de tesis y estableció como jurisprudencia la siguiente tesis:

> Revisión en amparo indirecto. Procede analizar los planteamientos sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley de Amparo aplicadas por el juez de distrito en la sentencia recurrida. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el recurso de reclamación 130/2011, en sesión de 26 de enero de 2012, consideró que, con motivo de la reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011, ha sido removido, en parte, el obstáculo técnico para analizar en la revisión la constitucionalidad de las disposiciones aplicadas en las sentencias dictadas por los jueces de distrito. Al respecto se precisó, entre otras cuestiones, que cuando un órgano jurisdiccional competente para conocer del juicio de amparo actualice algún supuesto normativo de la Ley de Amparo, se abre la posibilidad de enjuiciar la disposición legal que lo faculte para actuar en el sentido que lo hizo, cuando se actualicen las

condiciones siguientes: *a)* La emisión de autos o resoluciones concretas de los órganos que conozcan del juicio de amparo; *b)* La impugnación de normas de la ley citada cuya aplicación se concrete efectivamente dentro de los asuntos de la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocen del juicio de amparo, y que trasciendan al sentido de la decisión adoptada y, *c)* La existencia de un recurso procedente contra el acto de aplicación de las normas de la ley referida tildadas de inconstitucionales, en el cual pueda analizarse tanto la legalidad de su acto de aplicación como la regularidad constitucional de esas normas, en su caso. Por otra parte, esta Segunda Sala ha sostenido que al impugnar las disposiciones de la ley de la materia a través del recurso de revisión interpuesto contra la sentencia dictada en un juicio de amparo indirecto, el recurrente debe exponer en sus agravios argumentos mínimos de impugnación de la norma legal cuestionada. Así, en el recurso de revisión que se interponga contra la sentencia dictada por un juez de distrito en el juicio de amparo indirecto, procede analizar los planteamientos sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley de Amparo aplicadas en dicha sentencia, a condición de que se satisfagan los requisitos mencionados.

De igual modo, la Segunda Sala de la Corte sentó jurisprudencia respecto a lo resuelto en el recurso de reclamación 130/2011, al resolver los amparos directos en revisión 797/2014, 850/2014, 1293/2014, 3127/2014 y 990/2015. En dichos casos, la Sala analizó la procedencia del recurso de revisión en amparo directo cuando en los agravios se impugnaba la constitucionalidad de algún precepto de la Ley de Amparo aplicado en la sentencia recurrida. En todos los casos, a la luz del recurso de reclamación analizado, se consideró que excepcionalmente el medio de impugnación es procedente, emitiéndose la siguiente tesis jurisprudencial publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, el 26 de junio de 2015.

Revisión en amparo directo. Procede excepcionalmente cuando en los agravios se impugne la constitucionalidad de algún precepto de la Ley de Amparo aplicado en la sentencia recurrida y trascienda al sentido de la decisión adoptada. El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el recurso de reclamación 130/2011, sostuvo que, a través de los recursos previstos en la Ley de Amparo las partes están legitimadas para impugnar la constitucionalidad de las disposiciones de ese ordenamiento que regulan la actuación de los órganos jurisdiccionales que conocen del juicio de amparo, por lo que procede el análisis de los agravios en los que se aduzca ese planteamiento. En consecuencia, cuando en los agravios del recurso de revisión se impugne la constitucionalidad de algún precepto de la Ley de Amparo aplicado en la sentencia recurri-

da y trascienda al sentido de la decisión adoptada, se actualiza un supuesto excepcional de procedencia de dicho recurso.

2. *La causa de pedir. Amparos directos en revisión 3159/2013 y 2986/2013*

Bajo las ponencias de los ministros Alberto Pérez Dayán y Sergio A. Valls Hernández, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver los amparos directos en revisión 3159/2013 y 2986/2013 el 30 de octubre de 2013, analizó los requisitos de procedencia para que la Suprema Corte examine la constitucionalidad de las disposiciones de la Ley de Amparo aplicadas dentro del juicio constitucional.

En dichos asuntos, los quejosos impugnaron la constitucionalidad de los artículos 76 bis y 83, fracción V, de la abrogada Ley de Amparo, bajo el argumento de que dichas disposiciones impiden a la autoridad que conoce del amparo aplicar lo dispuesto por el artículo 1o. constitucional, ya que a pesar de que tiene la obligación de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, no pueden hacerlo porque está limitado por la normativa indicada. En ambos casos la Sala consideró oportuno pronunciarse en cuanto a otro requisito, adicional a los establecidos en el recurso de reclamación 130/2011, que a su consideración debe satisfacerse propiamente para la impugnación de leyes dentro del juicio de control constitucional. Estimó que el hecho de que el máximo tribunal haya determinado que es procedente el análisis constitucional de preceptos de la Ley de Amparo en la revisión, no lleva al extremo de aceptar que las partes hagan la impugnación correspondiente bajo premisas generales y abstractas, ya que propiciaría que se hiciera procedente el examen en todos los casos, bastando que el peticionario sólo estableciera que es inconstitucional tal o cual precepto de la ley de la materia, lo que no es propio dentro del sistema de inconstitucionalidad de leyes.

Se concluyó que en ambos casos los recurrentes omitieron formular argumentos mínimos que posibiliten el examen constitucional de las normas impugnadas, es decir, no explicaron por qué razón consideraban inconstitucional los mencionados preceptos de la Ley de Amparo ni explicaron por qué consideraban que los artículos que se impugnaron impedían a las autoridades jurisdiccionales que conocieron del amparo aplicar lo ordenado por el artículo 1o. constitucional, por lo tanto tales inconformidades resultaron inoperantes.

Como resultado de dichas resoluciones se emitió la siguiente tesis aislada:

> Ley de Amparo. el análisis sobre la constitucionalidad de sus preceptos en los recursos competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, requiere de argumentos mínimos de impugnación. El Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el recurso de reclamación 130/2011, en sesión de 26 de enero de 2012, determinó que, a través de los recursos previstos en la Ley de Amparo, a instancia de parte, procede excepcionalmente que este Alto Tribunal examine la constitucionalidad de las disposiciones de ese ordenamiento aplicadas dentro del juicio constitucional, siempre que se actualicen las siguientes condiciones: *1)* la emisión de autos o resoluciones concretas de los órganos que conozcan del juicio de amparo; *2)* la impugnación de normas de la ley de la materia cuya aplicación se actualice efectivamente dentro de los asuntos de la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocen de ese juicio y que trasciendan al sentido de la decisión adoptada y, *3)* la existencia de un recurso procedente contra el acto de aplicación de los preceptos de esa ley tildados de inconstitucionales, en el cual pueda analizarse tanto la legalidad de su acto de aplicación, como la regularidad constitucional de esas normas, en su caso. Sin embargo, en concepto de esta Segunda Sala, además de los requisitos apuntados debe satisfacerse uno diverso aceptado jurisprudencialmente, relacionado con la manera en que deben impugnarse las leyes en el juicio de control constitucional y, en esa medida, prevalece el criterio de que el accionante está obligado a presentar argumentos mínimos de impugnación, esto es, debe evidenciar, cuando menos, la causa de pedir; por ende, resultan inoperantes los agravios construidos a partir de premisas generales y abstractas, o cuando se hacen depender de situaciones particulares o hipotéticas.

3. *Interpretación conforme de la Ley de Amparo. Amparo directo en revisión 301/2013*

El 3 de abril de 2013, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena resolvió el amparo directo en revisión 301/2013 cuya materia de análisis consistió en determinar si los artículos 73, fracción XVI y 65 de la Ley de Amparo viola los derechos humanos de acceso a la justicia, legalidad, audiencia y debido proceso, contenidos en la Constitución y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al no permitir la acumulación de los juicios de amparo directo o en su revisión promovidos contra una misma sentencia; sin embargo, cuando entre varios juicios o asuntos exis-

ta una relación relevante, se podrá determinar que se analicen de manera simultánea a petición de alguno de los miembros de los órganos de control constitucional.

En este caso, la Primera Sala consideró importante estimar la *legitimidad democrática de las leyes*, esto es, otorgar un peso específico al principio democrático de que las decisiones públicas han de realizarse por los representantes populares y no por los jueces; por lo cual, si una norma admite dos o más entendimientos posibles, se debe elegir, de ser posible, aquella interpretación mediante la cual sea factible preservar la constitucionalidad de la norma impugnada, a fin de garantizar la supremacía constitucional y, simultáneamente, permitir una adecuada y constante aplicación del orden jurídico.

Asimismo, se hizo referencia a la presunción de constitucionalidad de las leyes, la cual debe considerarse al momento de ejercer el escrutinio constitucional en materia de derechos humanos; así, se determinó que los jueces deben realizar una interpretación conforme en sentido estricto de las normas, lo cual implica que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas de las mismas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que torne a su contenido normativo acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte y evitar aquellas, cuya adopción implique incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; sólo en caso de que la interpretación conforme no evite la incidencia de la norma interpretada en algún contenido constitucional, el juez debe determinar la irregularidad de esa norma.

Tomando en cuenta lo anterior, la Primera Sala consideró infundados los argumentos hechos valer por la parte quejosa, al considerar que las normas de la Ley de Amparo impugnadas, dentro de la pluralidad de sentidos interpretativos, admiten una interpretación conforme, que los tornan constitucionales.

La Sala estimó que el requisito de procedencia contenido en el artículo 73, fracción XVI, de la Ley de Amparo, debe interpretarse *conforme en sentido estricto* con la Constitución federal, esto es, que no se actualiza la cesación de efectos del acto reclamado cuando formalmente se deja insubsistente la sentencia reclamada al concederse el amparo —sin importar la causa de invalidez—, si la contraparte también promovió juicio de amparo y plantea violaciones cuyo estudio es técnicamente posible, pues con base en el principio de concentración contenido en el artículo 107 constitucinal fracción III, inciso a), segundo párrafo, así como la exigencia del derecho humano de tutela efectiva, de proveer de un medio idóneo y eficaz para lograr el es-

tudio de violación de derechos humanos, debe maximizarse el derecho a la administración de justicia pronta y completa.

De este modo, la Primera Sala concluyó que el artículo 73, fracción XVI, de la Ley de Amparo es constitucional sólo bajo la interpretación referida, excluyendo la interpretación opuesta, la cual resulta incompatible con los referidos derechos constitucionales. La tesis producto de esta resolución es la siguiente:

> Revisión en amparo directo. requisitos para impugnar disposiciones de la Ley de Amparo a través de este recurso. De los artículos 107, fracción IX, de la Constitución federal y 83, fracción V, de la Ley de Amparo, esta última vigente hasta el 2 de abril de 2013, se advierte que para la procedencia del recurso de revisión en amparo directo se requiere que: *a)* en la sentencia recurrida se realice un pronunciamiento sobre la constitucionalidad de una ley, un tratado internacional o algún reglamento, o se establezca la interpretación directa de un precepto constitucional, o habiéndose planteado, se omita su estudio, y *b)* el problema de constitucionalidad entrañe la fijación de un criterio jurídico de importancia y trascendencia a juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ahora bien, el Pleno de ésta, al resolver el recurso de reclamación 130/2011, el 26 de enero de 2012, estableció que es susceptible de actualizarse la procedencia del recurso de revisión en el juicio de amparo directo cuando se cuestione la constitucionalidad de un precepto de la Ley de Amparo, pues a partir de la reforma al artículo 1o. constitucional, se ha desvanecido el obstáculo técnico que impedía conocer sobre su regularidad constitucional. Este planteamiento debe formularse en los recursos previstos en el juicio constitucional, ya que no es dable señalar como acto reclamado destacado en la demanda a la Ley de Amparo, ya que es hasta que se genere un acto de aplicación en perjuicio del particular cuando lo puede combatir. Así, en dichos casos, el órgano revisor no sólo se debe limitar a evaluar la regularidad de la decisión recurrida, sino también puede inaplicar la norma que sirvió de sustento cuando sea violatoria de algún derecho humano. Así, esta Primera Sala concluye, sobre la premisa de que el control constitucional es un elemento transversal a toda función jurisdiccional, que el recurso de revisión procede no sólo cuando exista una cuestión de constitucionalidad vinculada con la *litis* original, sino también cuando se combata la Ley de Amparo y se satisfagan los tres requisitos siguientes: *a)* la existencia de un acto de aplicación de dicha ley al interior del juicio de amparo; *b)* la impugnación de ese acto de aplicación cuando trascienda al sentido de la decisión adoptada, y *c)* la existencia de un recurso contra tal acto, en donde pueda analizarse tanto la regularidad del acto de aplicación, como la regularidad constitucional de la norma aplicada.

4. *La obligatoriedad de la jurisprudencia. Amparo directo en revisión 5534/2014*

Al resolver el amparo directo en revisión 5534/2014, en sesión de 25 de marzo de 2015, la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia del ministro Alberto Pérez Dayán, analizó la regularidad constitucional del artículo 217 de la Ley de Amparo, que establece la obligación de las autoridades de acatar la jurisprudencia emitida por los órganos del Poder Judicial de la federación.

La Sala sostuvo que si bien es cierto que los juzgadores, en virtud de la función que desempeñan, deben dejar de aplicar una disposición secundaria que atente contra los derechos humanos, no menos lo es que tal circunstancia no puede acontecer en relación con una jurisprudencia. Sostuvo la Sala que ello no implicaba desatender el compromiso adquirido por nuestro país de ejercer un control convencional, porque cuando las autoridades jurisdiccionales adviertan que una jurisprudencia de este Supremo Tribunal no atienda al nuevo orden constitucional en materia de derechos humanos, existen procedimientos en la propia legislación para expresar los cuestionamientos al respecto y, en su caso, sustituirla o dejarla sin efectos.[15]

Por lo tanto se concluyó que el artículo 217 de la Ley de Amparo no transgrede el artículo 1o. constitucional toda vez que al establecer los términos en que es obligatoria la jurisprudencia que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación funcionando en Pleno o en salas, lo cual es acorde a los derechos humanos de seguridad y certeza jurídica tutelados por los artículos 14 y 16 constitucionales, así como a los principios que rigen el juicio de amparo, puesto que indudablemente se constriñe a todas las autoridades jurisdiccionales a aplicar la jurisprudencia emitida por este alto tribunal.

El 19 de junio de 2015 se publicó la siguiente tesis aislada a partir de esta resolución:

> Jurisprudencia de la suprema corte de justicia de la nación. el artículo 217 de la Ley de Amparo que establece su obligatoriedad, no transgrede el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Los párrafos décimo y octavo del artículo 94 constitucional prevén, respectivamente, que la ley fijará los términos en que

[15] Véase Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El artículo 217 de la Ley de Amparo que establece su obligatoriedad, no transgrede el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Tesis aislada 2a. XL/2015, Décima Época, Segunda Sala, SCJN, registro digital 2009411.

será obligatoria la jurisprudencia de los tribunales del Poder Judicial de la federación sobre la interpretación de la carta magna y de las normas generales; y que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación está facultado para que, mediante acuerdos generales, remita a los tribunales colegiados de circuito para su resolución los asuntos en los que hubiera establecido jurisprudencia, motivo por el cual en este supuesto la actuación de aquéllos está restringida a la aplicación de las tesis respectivas, sin modificación alguna. Ahora, las disposiciones que anteceden se pormenorizan en el artículo 217 de la Ley de Amparo, en atención a que éste regula la obligatoriedad de los criterios sustentados por este alto tribunal, respecto de la constitucionalidad o la convencionalidad de previsiones legales, protegiéndose de esta forma el derecho humano de seguridad y certeza jurídicas, reconocido en los artículos 14 y 16 de la Constitución federal. En esta tesitura, el artículo 217 citado no transgrede el artículo 1o. de la norma suprema, toda vez que lo señalado en dicho precepto legal constituye una inexcusable obligación constitucional de los órganos jurisdiccionales al resolver las controversias sometidas a su conocimiento; además, si bien es cierto que los juzgadores, por virtud de la función que desempeñan, deben dejar de aplicar una disposición secundaria que atente contra los derechos humanos, no menos lo es que tal circunstancia no puede acontecer en relación con una jurisprudencia. Lo mencionado no implica desatender el compromiso adquirido por nuestro país de ejercer un control convencional, porque cuando las autoridades jurisdiccionales adviertan que una jurisprudencia de este supremo tribunal no atienda al nuevo orden constitucional en materia de derechos humanos, existen procedimientos en la propia legislación para expresar los cuestionamientos al respecto y, en su caso, sustituirla o dejarla sin efectos.[16]

5. *La sentencia favorable en el amparo directo. Amparo directo en revisión 5334/2014*

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 5334/2014, analizó la constitucionalidad de la fracción II del artículo 170 de la vigente Ley de Amparo. La Sala consideró que dicha disposición de la Ley de Amparo es constitucional ya que si bien condiciona la procedencia del amparo directo al requisito consistente en que la autoridad demandada interponga revisión contenciosa adminis-

[16] Cabe destacar que el ministro Juan N. Silva Meza emitió su voto en contra de esta resolución, en armonía con lo votado al resolver la contradicción 299/2013 en octubre de 2014. La postura asumida en ésta se sostiene sobre la base de que los tribunales de amparo sí pueden, en el ejercicio del control de convencionalidad, desaplicar el contenido de una jurisprudencia.

trativa y ésta sea admitida, ello obedece a que al tratarse de una sentencia favorable, el actor ya no podría obtener más, pues lo que pretendía ya lo obtuvo, esto es, no obtendría un mayor beneficio que el otorgado en la sentencia reclamada, entendiendo ésta como aquella que implica que el acto impugnado sea irrepetible al proscribir circunstancia alguna que provoque que la autoridad pueda emitir un nuevo acto en el mismo sentido que el declarado nulo.

Con esta razonamiento, la Segunda Sala decide apartarse de la concepción de resolución favorable que estableció al fallar la contradicción de tesis 459/2013,[17] en sesión de 25 de junio de 2014, al considerar que no basta atender al tipo de nulidad declarada en la sentencia dictada en el juicio contencioso administrativo, para determinar si el particular ha obtenido o no una sentencia favorable, sino que es necesario que el tribunal colegiado realice un acucioso examen comparativo entre las pretensiones deducidas en el juicio contencioso y el resultado del análisis de los conceptos de anulación, ya que es este ejercicio de contraste, propio del análisis de fondo, por la dificultad que encierra y que deberá hacerse en cada asunto concreto, el que permitirá conocer si se ha obtenido una sentencia favorable para efectos de la fracción II del artículo 170 de la Ley de Amparo.

Con esta resolución la Segunda Sala, incluso, decidió apartarse de los paradigmáticos criterios establecidos con base en la concepción de sentencia favorable, en los que se había declarado la inconstitucionalidad la fracción II del artículo 170 de la Ley de Amparo, identificados con los números tesis 2a. LXXVII/2014 (10a.), 2a. LXXV/2014 (10a.) y 2a. LXXVI/2014 (10a.).[18]

[17] "Resolución favorable. Su alcance para efectos de la procedencia del juicio de amparo directo en términos del artículo 170, fracción ii, de la Ley de Amparo. Acorde con los precedentes de esta Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el alcance del concepto "resolución favorable", en el contexto del referido dispositivo, involucra la presencia de un fallo que declare la nulidad por cualquier causa y efecto, sin que para su actualización deba verificarse en qué grado se benefició al actor con la nulidad decretada, pues ello supondría juzgar, en un proveído preliminar de mero trámite, una cuestión que sólo puede valorarse al resolver sobre las violaciones constitucionales alegadas."

[18] Tesis aisladas: "Amparo directo. La fracción II del artículo 170 de la Ley de Amparo viola el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución federal, al impedir injustificadamente plantear en dicho juicio promovido contra sentencias favorables pronunciadas en sede contencioso administrativa, la inconstitucionalidad de normas generales aplicadas por el tribunal colegiado al resolver la revisión prevista en el artículo 104 de la propia Constitución"; "Amparo directo. La fracción II del artículo 170 de la Ley de Amparo viola el segundo párrafo del artículo 17 de la Constitución federal, al limitar injustificadamente el acceso a dicho juicio contra sentencias pronunciadas

La Segunda Sala consideró que esta nueva reflexión en relación con la concepción de resolución favorable, contrario a lo establecido con anterioridad, no sólo explica la lógica de la fracción II del artículo 170 de la Ley de Amparo, sino que supone una interpretación que evita dejar en estado de indefensión a los particulares y respeta el derecho de acceso a la justicia consagrado en el segundo párrafo del numeral 17 de la Constitución.

6. *La causal de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción XXIII, de la Ley de Amparo, no viola el derecho de acceso a la justicia ni restringe la acción de amparo. El amparo en revisión 320/2015*

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo la oportunidad de analizar si una de las causales de improcedencia contenidas en el artículo 61 de la vigente Ley de Amparo, era violatorio o no del derecho de acceso a la justicia. Al respecto, expuso que si bien en conformidad con el artículo 1o. constitucional deben atenderse no sólo los derechos humanos contenidos en la Constitución federal, sino también los que se prevean en los instrumentos internacionales firmados por el Estado mexicano, con el objeto de garantizar la tutela judicial efectiva contra actos que violen derechos fundamentales, ello no implica que la normativa en materia de derechos humanos sea incompatible con la causal de improcedencia prevista en la fracción XXIII del artículo 61 de la Ley de Amparo vigente.

Estableció que dicho motivo de improcedencia se trataba de una hipótesis normativa que, como presupuesto procesal, fue regulada con el fin de que los órganos jurisdiccionales que conozcan del amparo, tengan la posibilidad de que por medio de un enlace armónico con los demás preceptos de la Constitución y de la Ley de Amparo, obtengan una variedad de causas de improcedencia que tienden a evitar el dictado de decisiones de fondo manifiestamente contrarias a la naturaleza del juicio de amparo o en contra de los principios generales que lo rigen. Pero ello no significa que se esté restringiendo la acción de amparo —como lo pretenden las recurrentes— más bien, al igual que cualquier juicio, son presupuestos procesales que deben cumplirse previo a una decisión de fondo.

De lo anterior derivó la tesis aislada siguiente:

> Improcedencia del juicio de amparo. El artículo 61, fracción xxiii, de la ley de la materia, no viola el derecho de acceso a la

---

en sede contencioso administrativa" y "Amparo directo. La fracción II del artículo 170 de la Ley de Amparo viola los artículos 14 y 16 de la Constitución federal, al producir incertidumbre jurídica".

> JUSTICIA NI RESTRINGE LA ACCIÓN DE AMPARO. El precepto y fracción citados, al establecer que el juicio de amparo es improcedente en los demás casos en que la improcedencia resulte de alguna disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, o de la propia Ley de Amparo, no viola el derecho de acceso a la justicia, en virtud de que la hipótesis normativa que contiene, como presupuesto procesal, fue regulada para que los órganos jurisdiccionales que conozcan del juicio tengan la posibilidad de que a través de un enlace armónico con los demás preceptos de la Constitución y de la ley indicada, obtengan una variedad de causas de improcedencia que tienden a evitar el dictado de decisiones de fondo manifiestamente contrarias a la naturaleza del juicio de amparo o contra los principios generales que lo rigen; pero ello no significa que se esté restringiendo la acción de amparo, más bien, al igual que cualquier juicio, son presupuestos procesales que deben cumplirse previo a una decisión de fondo.

Como se ha visto, la Suprema Corte ha tenido múltiples oportunidades de pronunciarse sobre la constitucionalidad de diversos preceptos tanto de la abrogada como de la vigente Ley de Amparo; en todos los casos, dicho estudio lo ha hecho a partir del contenido actual del artículo 1o. constitucional y en todas ellas la procedencia de los medios de impugnación han tenido fundamento en lo resuelto por el Pleno del máximo tribunal en el recurso de reclamación 130/2011.

V. Reflexiones conclusivas

Dos mil once marcó un antes y después en la forma de concebir el orden jurídico en México. La reforma constitucional en materia de amparo (6 de junio de 2011) y en materia de derechos humanos (10 de junio de 2011), significó el cambio más importante en nuestro derecho durante el último siglo. Esta metamorfosis y en particular la inclusión del principio *pro persona* al artículo 1o. constitucional, ha desencadenado fuertes movimientos y debates internos en orden de encauzar la búsqueda de los medios adecuados e idóneos para dar cumplimiento con las exigencias de nuestro nuevo orden constitucional[19]. En esta tarea, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha asumido una función activa en la consecución de los fines constitucionales y ha logrado consolidarse, ante todo, como un Tribunal de derechos humanos.

---

[19] Bazán, Víctor, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Cuyo, núm. 18, julio-diciembre de 2011.

Con ello nace una nueva forma de aplicar el derecho y consecuentemente, un nuevo tipo de jurisprudencia. En palabras de Pedro Sagües,[20] al cambiar las realidades económicas y sociales, o al variar las pautas sobre justicia, solidaridad, igualdad o cooperación, entre otras, es obligado dar nuevas y razonables respuestas interpretativas al también nuevo contexto fáctico y valorativo.

Éste es el caso de la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal que surge a partir del recurso de reclamación 130/2011, en relación con la posibilidad de analizar la regularidad constitucional de los preceptos de la Ley de Amparo y que se inserta dentro de esta nueva *età dei diritti* del derecho mexicano, constituyendo, en definitiva, un parteaguas en materia de control constitucional en nuestro país.

La posibilidad de considerar normas de la Ley de Amparo como inconvencionales o inconstitucionales, abrió las puertas a que nuestro Máximo Tribunal analice, a la luz de los derechos humanos, normas históricamente inimpugnables, sentando, en un inicio, las bases para su procedencia, en la contradicción de tesis 468/2013 y la jurisprudencia por reiteración 84/2015, desencadenando, poco tiempo después, a la posibilidad de que la Corte verifique la regularidad constitucional de diversos preceptos de la Ley de Amparo.

Tal es el caso del amparo directo en revisión 5534/2014 en el que la Segunda Sala determinó que el artículo 217 de la Ley de Amparo es constitucional, o el amparo directo en revisión 301/2013, en el que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación llevó a cabo un esfuerzo hermenéutico de armonización de la norma —los artículos 73, fracción XVI y 65 de la Ley de Amparo— logrando "salvar" su validez constitucional/convencional a través de una sentencia interpretativa conforme.[21]

Paradigmáticos fueron los amparos directos en revisión resueltos por la Segunda Sala de la Corte que motivaron las tesis 2a. LXXVII/2014 (10a.), 2a. LXXV/2014 (10a.) y 2a. LXXVI/2014 (10a.), en los que declaró por primera vez la inconstitucionalidad de una norma de la Ley de Amparo, la

[20] Sagües, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución*, 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006, pp. 100 y 101.

[21] Pedro Sagües identifica a este tipo de ejercicio el efecto positivo o constructivo del control de convencionalidad, en el que los jueces aplican y hacen funcionar el derecho local de acuerdo con la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana. "El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo" en Bogandy, Armin von *et al.*, *Construcción y papel de los derechos fundamentales. Hacia un* ius constitutionale commune *en América Latina*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 165, México, 2011, pp. 424 y 425.

fracción II del artículo 170, criterios de los que si bien posteriormente la Sala se apartaría al resolver el amparo directo en revisión 5334/2014, demuestran un abandono de manera determinante al recelo o resistencia de inaplicar normas de la Ley de Amparo.

Las anteriores resoluciones reflejan un cambio sustancial en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y revelan que la interpretación de nuestro máximo tribunal ha sabido acompañar la evolución de nuestro derecho, con el dinamismo y flexibilidad que exige el nuevo parámetro de regularidad constitucional mexicano, afianzándose así como un referente indiscutiblemente en la garantía de los derechos fundamentales en nuestro país.

VI. Bibliografía

ÁLVAREZ TOLEDO, Daniel, "La influencia del derecho comparado en las sentencias de la Suprema Corte de Justicia de México", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 23, Porrúa, 2015.

BORDA, Guillermo, *Tratado de derecho civil,* 4a. ed., Buenos Aires, Perrot, 1965.

BAZÁN, Víctor, "Control de convencionalidad, aperturas dialógicas e influencias jurisdiccionales recíprocas", *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, Cuyo, núm. 18, julio-diciembre de 2011.

BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1993.

———, *L´eta dei diritti*, Torino, Editorial Eunadi, 1999.

CARPIZO, Jorge *et al.* (coords.), "Algunas reflexiones sobre la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", *Interpretación constitucional*, México, Porrúa-UNAM, 2005, t. I.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El nuevo juicio de amparo, guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, UNAM-Porrúa, 2013.

GARCÍA-SAYÁN, Diego, "Una viva interacción: Corte Interamericana y tribunales internos", Corte IDH, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: un cuarto de siglo: 1979-2004*, San José, 2005.

SILVA MEZA, Juan N., "El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Bogotá, año XVIII.

SAGÜES, Néstor Pedro, *La interpretación judicial de la constitución,* 2a. ed., Buenos Aires, LexisNexis, 2006.

SOUSA SANTOS, Boaventura de, *Si Dios fuese una activista de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2014.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo, "Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la SCJN y a propósito de la reforma constitucional del 14 de septiembre de 2006", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, enero-junio, 2007.

ZAGREBELSKY, Gustavo, Discurso pronunciado frente al presidente de la República el 22 de abril de 2006 en Roma, Italia, como motivo de la celebración del 50 aniversario de la Corte Constitucional Italiana. Traducción propia.

———, "El control de convencionalidad en el sistema interamericano y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el sistema europeo" en Bogandy, Armin von *et al.*, *Construcción y papel de los derechos fundamentales. Hacia un* ius constitutionale commune *en América Latina*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Doctrina Jurídica, núm. 165, México, 2011.

ZALDIVAR de Larrea, Arturo, "Reflexiones sobre la jurisdicción constitucional en México. A doce años de la reestructuración de la SCJN y a propósito de la reforma constitucional del 14 de septiembre de 2006", *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 7, enero-junio, 2007.

100 años de la Constitución mexicana: de las garantías individuales a los derechos humanos, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 25 de marzo de 2016 en los talleres de Gráfica Premier, S. A. de C. V., 5 de febrero 2309, colonia San Jerónimo Chicahualco, Metepec, 52170, Estado de México, tel. 0172 2199 1345. Se utilizó tipo *Baskerville* de 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel cultural 70 x 95 de 75 gr. para los interiores y cartulina couché de 250 gr. para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).